Schall (R

Diss Tübingen
1877

Der

Parteiwille im Rechtsgeschäft.

Der juristischen Fakultät der Universität Tübingen

behufs

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Richard Schall.

Stuttgart.
Druck von Gebrüder Kröner.
1877.

Inhaltsübersicht.

I. **Die vorhandenen Ansichten**: Die Willenstheorie. Savigny und seine Schule. — Dissidenten: Brinz. Lotmar. Röver und Bähr. Schloßmann. — Fragestellung . . . . . Seite 1.

II. **Die Grundbegriffe: Handlung, Willensäußerung und Willenserklärung, und das Verhältniß der Willenstheorie zu ihnen.** Der Wille (voluntas) als Causalität von Geschehendem. — That und Handlung, Willensäußerungen. — Die Willensbestimmung (consilium) Object der Willenserklärung. — Wesen der geistigen Mittheilung; Nothwendigkeit eines sinnlichen Zwischengliedes; Selbstständigkeit des letzteren gegenüber der internen Willensbestimmung. — Jede Handlung ist Willensäußerung, aber nicht jede ist Willenserklärung; besondere Eigenschaft der Handlung, welche Willenserklärung ist. — Unhaltbarkeit der Willenstheorie . . . . . Seite 11.

III. **Das Wesen des Rechtsgeschäftes im Allgemeinen.** Delicte und Rechtsgeschäfte sind positiv gegeben, nicht a priori zu construiren. — Alle Rechtsgeschäftsthatbestände kommen darin überein, daß sie rechtlich relevante Willenserklärungen sind. — Transscendente Fragen. — Unabhängigkeit der Rechtswirkung von der Willensbestimmung und dem Wollen der Rechtswirkung. — Lotmar's Versuch, Delict und Rechtsgeschäft sich gleich zu setzen. — Ein Beispiel. — Formelle und formlose Rechtsgeschäfte; jedes Rechtsgeschäft ist ein formeller Akt. — Zu manchen Rechtsgeschäften gehört mehr als blos die Vornahme einer Willenserklärung . . . . . Seite 18.

IV. **Der objective Thatbestand des Rechtsgeschäfts.** Der objective Thatbestand umfaßt die Merkmale der äußeren Seite des Rechtsgeschäfts. — Zwei Hauptklassen, je nachdem die Merkmale ohne Zuthun oder auf Grund einer Willensäußerung der Partei einzutreten haben. — Essentialia und accidentalia negotii. — Wesentlichstes Erforderniß bei jedem Rechtsgeschäft eine Willenserklärung; beim Vertrag insbesondere objectiv übereinstimmende Willenserklärungen. — Der noth-

wendige Inhalt der Willenserklärung bestimmt sich nach dem Begriffe des Geschäfts; andrerseits die rechtliche Natur des Geschäfts nach diesem Inhalt. — Der innerliche Wille der Partei hat keine Wirkung. — Interpretation. Das id quod actum est. — Unechte Interpretation. — Perfection des objectiven Thatbestands. — Bei der Beurtheilung des objectiven Thatbestands ist die bona fides oberstes Prinzip . . . . . Seite 27.

V. **Der subjective Thatbestand und die Zurechnung des objectiven Thatbestandes.** Handlung und Zurechnung. — Unwillkührliche Bewegungen. Versagen der zur Willenserklärung in Bewegung gesetzten Mittelglieder. — Wird die Zurechnung ausgeschlossen durch unrichtige Vorstellung von dem Inhalt des Thuns? — Beweislast bezüglich des subjectiven Thatbestandes. — Das negative Vertragsinteresse. Seite 39

VI. **Die Quellen.** Rückblick. — Das römische Recht nach der herrschenden Theorie. — Die römischen Juristen geben gar keine Theorie des Rechtsgeschäfts, sondern kennen nur einzelne Thatbestände. — Besprechung einzelner Stellen . . . . . Seite 46.

I. Die vorhandenen Ansichten.

Erst die Rechtswissenschaft unsres Jahrhunderts hat den Versuch gemacht, einen Theil der juristischen Thatbestände unter dem allgemeinen Begriff der Rechtsgeschäfte zusammen zu fassen.

Die frühere Jurisprudenz hatte im Anschlusse an das römische Recht nur einzelne Geschäfte, beziehungsweise Thatbestände zur Begründung von Eigenthum, Obligationen, Erbrecht u. s. w. gekannt, und die größte Abstraction, zu welcher sie kam, war, daß sie den Begriff des obligatorischen Vertrages — contractus oder conventio — aufstellte [1]).

In fortschreitender Systematisirung gelangte man dazu, die juristischen Thatsachen in solche einzutheilen, deren concrete Verwirklichung auf menschlichen Willen zurückgeführt werden kann (Handlungen), und solche, bei welchen dies nicht der Fall ist [2]). Je nach ihrer Erlaubtheit oder Unerlaubtheit gliederte man die juristischen Thatsachen der ersten Art noch weiter in Rechtsgeschäfte und Delicte und bezeichnete ein „rechtliches Geschäft" als (erlaubte) „Handlung, durch welche ein Rechtsver-

[1]) Den Beweis hiefür liefert jede nach der Legalordnung verfaßte Darstellung des römischen Rechts.

[2]) So z. B. Hofacker, principia juris (1788), welche die actiones hominum sive negotia juridica (§. 179) nach ihrer Beziehung zum Gesetz eintheilt in actus legi contrarii aut conformes (§. 209); die ersteren nennt er (§. 211) actus injusti, die letzteren (§. 214) actus juridici, faßt aber beide Arten unter dem Gattungsnamen „negotia juridica" zusammen. Bemerkt zu werden verdient, daß schon Hofacker (§. 223) die actus juridici als „mentis declarationes" bezeichnet.

hältniß begründet wird“ [3]), oder als „Willenshandlungen, welche zur Begründung rechtlicher Verhältnisse gestaltet sind“ [4]).

Indem man nun die Wahrnehmung zu machen glaubte, daß zwischen den rechtlichen Folgen, welche ein als Rechtsgeschäft aufgefaßter Thatbestand nach sich zog, und dem Willen, beziehungsweise den Zwecken dessen, welcher jenen Thatbestand verwirklichte, ein correspondirendes Verhältniß obwalte, konnte man versucht sein, dieses Verhältniß auch in der Definition der Rechtsgeschäfte zum Ausdruck zu bringen. So kam man dazu, die letzteren zu bestimmen als „Willenshandlungen, welche die Begründung rechtlicher Verhältnisse bezwecken“ [5]), oder, wie die Definition Savigny's [6]) lautet: „unter Willenserklärungen oder Rechtsgeschäften (sind) diejenigen juristischen Thatsachen zu verstehen, die nicht nur freie Handlungen sind, sondern in welchen zugleich der Wille des Handelnden auf die Entstehung oder Auflösung eines Rechtsverhältnisses unmittelbar gerichtet ist.“

Obwohl an und für sich daraus, daß „der Wille des Handelnden auf die Entstehung oder Auflösung eines Rechtsverhältnisses gerichtet ist“ und aus der Thatsache, daß bei dem erkennbaren Vorliegen einer solchen Willensrichtung eine ihr adäquate Veränderung in der Rechtswelt eintritt, noch kein Schluß auf einen Causalzusammenhang zwischen jener Willens-

---

[3]) Siehe z. B. Makeldey, Lehrbuch (1825) §. 147.

[4]) Thibaut, Pandectenrecht (8. Aufl. 1834) §. 104. Weitere Nachweisungen finden sich bei Buchholtz, juristische Abhandl. (1833) S. 160 ff. und bei Schloßmann, der Vertrag (1876) S. 131 fg.

[5]) So Thibaut in der siebten Auflage (1828) §. 132. Buchholtz a. a. O. S. 163. Puchta, Pandecten (1845) §§. 49, 54 u. A.

[6]) System Band III (1840) S. 98 fg. Vgl. das. S. 5 fg.: „in freien Handlungen ferner kann der Wille des Handelnden auf eine zwiefache Weise thätig sein: a) Als unmittelbar gerichtet auf die Entstehung oder Auflösung des Rechtsverhältnisses, wenngleich diese vielleicht nur das Mittel für andere, auch nichtjuristische Zwecke sein mag. Diese Thatsachen heißen Willenserklärungen oder Rechtsgeschäfte. b) Oder als unmittelbar gerichtet auf andere, nicht juristische Zwecke, so daß die juristische Wirkung entweder als untergeordnet im Bewußtsein zurücktritt, oder entschieden nicht gewollt wird.“

richtung und dieser Rechtsveränderung gezogen werden kann [7]), so war der weitere Schritt zu der Anschauung nahe gelegt, daß das eigentliche Agens des Rechtsgeschäfts in der subjectiven Willensbestimmung der Partei gelegen sei, und daß die Handlung nur die Funktion habe, dieses an sich unsichtbare Agens erkennbar zu machen: eine Behauptung, die Savigny [8]) in folgenden Worten ausdrückt: „Eigentlich muß der Wille an sich als das einzig Wichtige und Wirksame gedacht werden, und nur weil er ein inneres unsichtbares Ereigniß ist, bedürfen wir eines Zeichens, woran er von Andern erkannt werden könne, und dieses Zeichen, wodurch sich der Wille offenbart, ist eben die Erklärung [9]). Dieselbe Anschauung liegt der Begriffsbestimmung, welche Wächter [10]) vom Rechtsgeschäft gibt, zum Grunde, wenn er sagt: „Die Begründung, Aufhebung und Modifikation eines Rechtsverhältnisses, somit auch die Begründung oder Erlöschung eines Rechts, ist in den meisten Fällen von dem darauf gerichteten und gehörig erklärten Willen einer Person abhängig. Handlungen, durch welche in dieser Weise, d. h. in Folge eines die Rechtsänderung bezweckenden und bedingenden Willens ein Rechtsverhältniß nach Rechtsregeln begründet, aufgehoben oder modifizirt werden soll, sind Rechtsgeschäfte des Handelnden."

[7]) Dies wird auch von Schloßmann, Vertrag S. 134 bemerkt.

[8]) A. a. O. S. 258.

[9]) Es ist nicht ohne Interesse, mit dieser Bemerkung Savigny's zu vergleichen, was schon Mantica de tacitis et ambiguis conventionibus (1609) bemerkt. Derselbe sagt lib. I tit. 17 §. 45 wörtlich: Et quidem mens est radix verborum et substantia in prima, et cor est imperator linguae, quam veluti mancipium habet in sua potestate. Nam et si tacitis nobis voluntas intelligi posset, verbis omnino non uteremur: sed quia non potest, verba reperta sunt, non quae impedirent sed indicarent voluntatem." Bezüglich der Contracte findet sich ein ähnlicher Standpunkt u. A. auch bei Lauterbach, colleg. Pand. (ca. 1700) vol. I. lib. II. tit. 14 §. 35. „Causa efficiens proxima pactorum est voluntas et consensus paciscentium ... Nec sufficit interna voluntas, de qua homo judicare nequit; sed externis signis declarata . . . requiritur. Causa instrumentalis itaque sunt illa signa, quibus voluntas declaratur", etc.

[10]) Württ. Privatrecht (1842) II S. 634; der Sache nach wie Wächter auch Unger, österr. Pr. R. II §. 78.

Nur dem Ausdruck, nicht dem unterliegenden Gedanken nach sind von der angeführten Savigny'schen Begriffsbestimmung die Definitionen verschieden, welche Arndts [11]), Windscheid [12]) und Andere gegeben haben, und welche im Wesentlichen dahin übereinkommen, daß das Rechtsgeschäft als eine auf Entstehung, Untergang oder Veränderung von Rechten gerichtete Willenserklärung [13]) bezeichnet wird. Denn obwohl man nicht mehr verkennt, daß der Parteiwille an sich keine rechtsschöpferische Kraft hat, und betont, daß es der Wille des Gesetzes ist, „welcher jenen mit rechtlicher Wirksamkeit begabt hat“ [14]), so geht man doch ganz unzweifelhaft von der Vorstellung aus, daß die Rechtsordnung an die innere Willensbestimmung der Partei, sobald dieselbe nur gehörig an den Tag gelegt werde, die betreffenden gewollten Folgen anknüpfe [15]). Daß namentlich nicht etwa der Erklärungshandlung selbst irgend eine selbstständige Bedeutung beigelegt werden soll, erhellt zur Genüge aus den zahlreichen Definitionen der sogenannten stillschweigenden Willenserklärung, welche bekanntlich als eine besondere Art des Rechtsgeschäftsabschlusses betrachtet wird. Durch solche stillschweigende Willenserklärung soll ein Rechtsgeschäft ins Leben

---

[11]) Pandecten §§. 58, 63.

[12]) Pandecten (1875) I §. 69.

[13]) Der Streit darüber, wie der Begriff „Willenserklärung“ einzuschränken sei, um in der Definition die Rechtsgeschäfte von den Urtheilen zu trennen, sowie über einige andere Fragen ohne praktisches Interesse bleibt hier und in der folgenden Untersuchung außer Betracht (vergl. Windscheid a. a. O. §. 69 Note 1).

[14]) Windscheid §. 68 Note 1.

[15]) Windscheid §. 69 Note 1: „Das Rechtsgeschäft ist die Bethätigung der dem Privatwillen auf dem Rechtsgebiet zustehenden schöpferischen Kraft.“ Jhering, Geist des röm. Rechts §. 53 z. A.: „Das Rechtsgeschäft ist die Form, in welcher der subjective Wille innerhalb der ihm vom Recht angewiesenen Schranken seine rechtschöpferische Thätigkeit entfaltet.“ Voigt, das jus naturale u. s. w. III S. 98: „Indem die aequitas die Willensbestimmung zu dem rechtsverbindlichen Element des Rechtsaktes erhebt, so sinkt damit die Willenserklärung zu der Bedeutung und dem Werthe eines einfachen Offenbarungs- und Erkenntnißmittels jenes Willens herab.“ Ebenso Völderndorff, die Form der Rechtsgeschäfte S. 17.

gerufen werden, ohne daß es nach Savigny [16]) und Windscheid [17]) einer Handlung bedürfte, welche die Bestimmung hätte, Kennzeichen des erforderlichen Willens zu sein; sondern es soll genügen, wenn aus irgend einem Thun oder Lassen nur überhaupt ein gewisser Wille als vorhanden angenommen werden kann; wir dürfen wohl unterstellen, daß eben dieser erschlossene Wille die Substanz des durch stillschweigende Willenserklärung abgeschlossenen Rechtsgeschäfts bilden soll.

Ohne eine eigentliche Widerlegung zu versuchen, wandte sich gegen diese Verherrlichung der Willensbestimmung der Partei Brinz [18]), und mit seinem Angriff trat, wie man wohl sagen kann, ein Wendepunkt in der Theorie des Rechtsgeschäfts ein. „Nicht irgend eine Absicht oder der Wille des Handelnden, sondern, wie schon der Name andeutet, der Wille des Rechtes gibt einer Handlung den Charakter eines Rechtsgeschäftes. Nicht Handlungen, welche erst vom Handelnden, sondern Handlungen, welche schon vom Rechte aus und generell zur Gründung und Aufhebung von Rechten bestimmt werden — Geschäfte des Rechtes, seine Geschäfte, sind Rechtsgeschäfte. Bei all' den Handlungen, welche man mit dem Namen Rechtsgeschäfte benennt, trifft es zu, daß sie ... ihrem wesentlichen Inhalte, ihrer Form und Gestalt nach, nicht erst durch den Handelnden, sondern durch das Recht da sind; da kann denn der ursprüngliche und richtige Sinn des Wortes nicht wohl ein anderer als der sein, daß dies vom Recht geschaffene oder zu seinen Zwecken angenommene Geschäfte seien."

So groß aber der Fortschritt ist, welcher in dieser Auffassung gegenüber der früheren Theorie liegt, so läßt sich doch nicht verkennen, daß Brinz alsbald, was er mit der einen Hand gegeben, mit der andern wieder nimmt. Denn nach dem, was Brinz späteren Ortes [19]) sagt, soll keine — wenn auch

---

[16]) III §. 137.
[17]) §. 72.
[18]) Pandecten (1871) §. 312.
[19]) §. 314.

an und für sich vom Recht dazu geschaffene — Handlung Rechtsgeschäft werden, ohne daß die Absicht des Handelnden auf Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtet, diese der Zweck seiner Handlung ist. Daß damit die Willensbestimmung (nur innerhalb der vom Recht bestimmten Rechtsgeschäftsform) wieder zum maßgebenden Princip erhoben, ja daß ganz direct aus diesem Postulat die Wirksamkeit der Mentalreservation zu deduziren ist, braucht nicht gesagt zu werden. Darauf, daß sich in die m. E. sonst vorzügliche Darstellung der Lehre vom Irrthum bei Brinz diese Concession an die Willensbestimmung störend eindrängt, kann hier bloß hingewiesen werden.

Viel weiter als Brinz und in bestimmtem Widerspruch mit dessen Hereinziehung des Willensmomentes geht Lotmar [20]), welcher als fernerer Gegner der Willenstheorie zu nennen ist. Dieser Schriftsteller versteht unter Rechtsgeschäft jede in Willensäußerung, d. h. in sinnlich wahrnehmbarer Erscheinung eines Willens bestehende Thatsache, welche Rechtsfolgen hat, und will einen Unterschied zwischen den Thatsachen, welche man bisher Rechtsgeschäfte zu nennen gewohnt war [21]), und den Delicten nur bezüglich der Rechtswirkung, daher bezüglich ihrer Natur als juristische Thatsachen nicht anerkennen [22]). Aus der Eigenschaft der fraglichen Willensäußerung als juristischer Thatsache, Rechtsgrund, folgert Lotmar, „daß der Eintritt der Rechtsfolgen unabhängig ist von der Gegenwart der Vorstellung der Rechtsfolgen als solcher im Bewußtsein des Handelnden, nicht minder wie von ihrem Begehrtsein durch denselben, daß mithin kein Grund vorliegt, insbesondere die Bezeichnung Rechtsgeschäft auf diejenigen Willensäußerungen zu beschränken, bei welchen der Handelnde die Rechtsfolgen will“ [23]).

---

[20]) Ueber causa im römischen Recht, Beitrag zur Lehre von den Rechtsgeschäften (1875) 1. Kapitel.

[21]) Vgl. oben Note 2.

[22]) A. a. O. S. 9, 10.

[23]) Daselbst S. 15 ff.

Formell mehr auf dem Boden der herrschenden Theorie, aber materiell insofern wesentlich von ihr abweichend, als sie das Prinzip der Willensbestimmung, der Eine direct, der Andere mit Hilfe einer Fiktion zu entfernen suchen, stehen Röver [24]) und Bähr [25]). Der erstere sucht darzuthun, daß der Satz: ohne Willen keine wirksame Erklärung für Rechtsgeschäfte unter Lebenden unrichtig sei (bei letztwilligen Dispositionen soll die Erklärung nur dazu dienen, den Ueberlebenden die Kenntniß des letzten Willens des Verstorbenen zu verschaffen und daher lediglich als Erkenntnißmittel fungiren) [26]), daß vielmehr der Satz aufgestellt werden müsse: „Eine von einer handlungsfähigen und in handlungsfähigem Zustande befindlichen Person abgegebene Erklärung ist wirksam, ohne Rücksicht darauf, ob das als gewollt erklärte vom Erklärenden wirklich gewollt ist oder nicht." Und ähnlich behauptet Bähr: „Wer beim Contrahiren in einer ihm zurechenbaren Weise die äußere Erscheinung seines Willens hervorruft, so daß der ihm Gegenüberstehende bona fide Rechte daraus erlangt zu haben glaubt und glauben darf, wird mit seiner Behauptung, daß ihm in Wirklichkeit der entsprechende Wille gefehlt habe, gar nicht gehört," vielmehr wird das Vorhandensein dieses Willens, „sei es selbst mit einer Fiction", angenommen.

In neuester Zeit endlich ist Schloßmann [27]) als entschiedener Gegner nicht blos des Dogma von der verbindenden Kraft des Willens, sondern des Rechtsgeschäftsbegriffes überhaupt aufgetreten. Er glaubt zwar annehmen zu müssen, daß es „eine Reihe wichtiger Thatbestände (gibt), denen das juristische Urtheil rechtliche Wirkung gerade mit Rücksicht auf den Willen der Partei beilegt", und rechnet dahin z. B. die letztwilligen Verfügungen, die Eigenthumstradition, die Manumission. Bei

[24]) Ueber die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen (1874) bes. S. 17—19.

[25]) Ueber Irrungen im Contrahiren, in Jhering's Jahrb. Bd. XIV (1875) S. 400 ff.

[26]) A. a. O. S. 3.

[27]) Der Vertrag (1876), besonders §§. 11—17, 21 a. E.

denjenigen Thatbeständen aber, welche man als obligatorische Verträge zu bezeichnen pflege, werde der Contrahent auch obligirt, wenn er gar nicht den Willen habe, sein Versprechen zu halten, und Schloßmann kommt so zu dem Satze: „Die obligirende Wirkung des Versprechens und der sog. obligatorischen Verträge hat nicht in dem Willen des Versprechenden ihren Grund. Freilich obligirt meistens nur das Versprechen Desjenigen, welcher das Versprechen hat geben wollen; ob er aber auch den Willen hatte, das Versprochene zu thun, oder verpflichtet zu sein, ist völlig gleichgültig." Auf die Art und Weise, wie Schloßmann die Begriffe Willenserklärung und Rechtsgeschäft auf „scholastischen Ursprung" zurückzuführen sucht, kann hier nicht eingegangen werden, und nur das mag erwähnt sein, daß er im Begriff des obligatorischen Vertrags, dem Hauptrepräsentanten des Rechtsgeschäfts, nur eine blasse Abstraction ohne jeden praktischen Werth — „ein juristisches Nichts" — sehen zu müssen glaubt.

Seine positive Lehre von der verbindenden Kraft der obligatorischen Verträge faßt Schloßmann selbst dahin zusammen: „1) Derjenige, dem ein ausdrückliches oder „stillschweigendes" Versprechen gegeben worden ist, empfindet die Nichterfüllung der Zusage wie eine Vermögensbeschädigung. Das Leiden, welches jemanden dadurch verursacht wird, daß ihm eine versprochene Sache nicht geleistet wird, ist in nichts von demjenigen verschieden, welches jemand über die Zerstörung oder Entwendung einer ihm gehörigen Sache empfindet, und es gibt keinen Grund, diese verschiedenen Fälle als juristisch zu sondernde Erscheinungen aufzufassen.

„2) Der Grund, warum der Urheber eines ausdrücklichen oder „stillschweigenden" Versprechens, und gerade er zur Beseitigung des vom Promissar über die ausbleibende Leistung empfundenen Leidens verbunden erachtet wird, liegt in dem allgemeinen, in unsrem unmittelbaren Rechtsbewußtsein enthaltenen, und weil des Beweises nicht bedürftig, als ein Axiom anzusehenden Grundsatz: Wer schuldhafter Weise einen Andern

verletzt, ist zur Wiederausgleichung des Schadens verpflichtet [28]).“

Hiemit dürfte der Pflicht einer jeden Untersuchung, den Stand der Wissenschaft, aus welchem sie hervorgewachsen ist, und auf welchen sie sich stützt oder den sie angreift, wenigstens in Umrissen und objectiv darzustellen, Genüge gethan sein. Mit jeder einzelnen der aufgestellten Theorien einzeln abzurechnen, würde weder in dem Rahmen dieser Arbeit möglich noch überhaupt fruchtbar sein. Daß das Dogma von der subjectiven Willensbestimmung als juristischer Thatsache schwer erschüttert ist, braucht nach dem Angeführten nicht mehr gesagt zu werden; ob darum nun aber der ganze Begriff des Rechtsgeschäfts als unnütz bei Seite zu legen oder doch wenigstens in eine unterschiedslose Masse mit der andern großen Gruppe von rechtserheblichen Handlungen, den Delicten, zusammenzuwerfen sei, dies kann nur eine Untersuchung der grundlegenden Begriffe Handlung, Willensäußerung und Willenserklärung ergeben, in deren schiefer Auffassung m. E. der Anstoß zu der ganzen Willenstheorie, ebensosehr aber auch zu den Angriffen auf dieselbe — soweit sie ungerechtfertigt sind — gelegen ist. Möglich, daß sich der Irrthum der herrschenden Lehre gleichermaßen wie die Irrthümer der gegen sie gerichteten Angriffe als mißverstandene Wahrheiten herausstellen.

Nur über die positive Seite der Theorie Schloßmann's muß hier noch besonders bemerkt werden, daß sie mit seinen Ansichten über positives Recht, positive Wissenschaft und Rechtsgefühl in untrennbarem Zusammenhang steht, wie denn Schloßmann nicht ohne Grund der Ausführung dieser Ansichten ein volles Drittheil seiner Untersuchung über den Vertrag gewidmet hat. Die Behauptung Schloßmann's, daß die Rechtswissenschaft als wahre Wissenschaft, d. h. als Forschung nach absoluten Wahrheiten, die Entfaltung der Idee der Gerechtigkeit, insbesondere die Ermittlung der Elemente des (als anthropolo-

---

[28]) A. a. O. S. 288 fg.

gische Thatsache aufzufassenden) Rechtsgefühls zur Aufgabe habe, ja sogar, daß die Erforschung und Darstellung des sog. positiven Rechts nur in einem „untergeordneten Sinne" als wissenschaftliche Thätigkeit bezeichnet werden könne, welche nur für die Technik des Rechts, die sog. Praxis und deren Bedürfniß nach einem abgeschlossenen System von Regeln „nützlich und nothwendig" sei, kann man sich im allgemeinen gefallen lassen und trotzdem gegen Schloßmann den Standpunkt der Positivität des objectiven Rechts als eines durch den Gesellschaftswillen gesetzten Gesetzes von jeweils gegebener Größe mit Entschiedenheit festhalten, ohne darum „in dem Buchstaben des Gesetzes, in einem Blatt Papier das Höchste im Staate zu sehen!" [29]) Von diesem Standpunkt aus, für welchen das Rechtsgefühl nur als causa causae, als Motiv der Setzung des objectiven Rechts in Betracht kommt, ist die ganze Frage nach dem Grunde der bindenden Kraft der Verträge und überhaupt der Rechtsgeschäfte transscendent. Von diesem Standpunkt geht die folgende Erörterung, und zwar ohne weitere Begründung desselben aus, indem sie die Thatsache als empirisch gegeben betrachtet, daß die Reihe von Thatbeständen, deren gemeinsame Merkmale man unter dem Begriffe Rechtsgeschäft zusammenfaßt, juristische d. h. von der Rechtsordnung mit Rechtsfolgen begabte Thatsachen seien. Daher ausschließlich die Frage zur Untersuchung steht, worin diese rechtlich relevanten Thatbestände bezw. ihre gemeinsamen Merkmale bestehen, ob in dem Vorhanden- bezw. Geoffenbartsein einer gewissen Willensbestimmung der Partei oder worin sonst?

[29]) Man vgl. namentlich a. a. O. §§. 22—26.

II. Die Grundbegriffe: Handlung, Willensäußerung und Willenserklärung, und das Verhältniß der Willenstheorie zu ihnen.

Es ist bereits bemerkt worden, daß in der schiefen Auffassung der in der Ueberschrift genannten Begriffe der unbewußte Grund zu der Entstehung der Theorie liegt, welche die innere (nur gehörig erklärte) Willensbestimmung der Partei als das wesentliche Element im Rechtsgeschäft ansieht. Zum Beweise dessen und zur Gewinnung des m. E. richtigen Standpunkts müssen daher zuvörderst diese Begriffe einer Analyse unterzogen werden, und zwar werden sie dies zunächst in ihrer Allgemeinheit, vermöge welcher sie durchaus nicht blos auf das Rechtsgebiet, geschweige denn auf das Rechtsgeschäft beschränkt sind.

Alle Thatsachen, d. h. alle in Raum und Zeit erfolgenden Vorgänge, welche sich, je nachdem wir ein sich Veränderndes zu einem Beharrenden, oder ein Beharrendes zu einem sich Verändernden in Relation setzen, als Veränderung oder Beharrung von Zuständen darstellen, sind wir in zwei Gruppen zu theilen gewohnt. Zu der einen zählen wir alle diejenigen Thatsachen, in deren Hervorgebrachtsein wir die Wirkung jener übersinnlichen Ursache sehen, die wir, weil wir sie in uns selbst beobachten, nach Analogie auch in Andern voraussetzen, nämlich des menschlichen Willens. Der zweiten Gruppe fallen alle anderen Thatsachen zu.

Genau genommen bestehen nun alle Thatsachen der ersten Gruppe ausschließlich in willkürlichen Muskelbewegungen d. h. in materiellen Veränderungen an der körperlichen Erscheinung des Subjects; denn die weiteren Veränderungen, welche neben diesen Bewegungen als deren Folge in der Außenwelt eintreten, sind nicht mehr blos Wirkung unseres Willens, sondern außerdem der durch seine Einwirkung ausgelösten Kräfte der Außen-

welt [1]). Die Auslösung dieser Kräfte kann nun entweder von dem thätigen Subject in bestimmter Richtung beabsichtigt sein oder nicht. In beiden Fällen ist gleichermaßen die Bewegung Ursache des durch die ausgelösten Kräfte herbeigeführten Erfolges; aber im ersten Fall d. h. also wenn und soweit die willkürliche Muskelbewegung als Ursache des Erfolges gesetzt wird, sehen wir in besonderem Maße den Willen des thätigen Subjects als wirksame Ursache an und rechnen den gesammten durch solche bewußte Willensbethätigung hervorgebrachten Thatbestand dem thätigen Subjecte zu; das zuzurechnende Geschehene nennt man speziell Handlung, das nicht zuzurechnende That [2]). — Das Nähere über die Frage nach der Zurechnung eines Geschehenen muß einer späteren Stelle vorbehalten bleiben.

Sofern nun in und mit dem Dasein einer Handlung oder That der ihr zu Grunde liegende Wille wirksam ist, sagen wir, daß dieser Wille in der Thatsache der Handlung sich veräußerliche, äußere, offenbare; ohne daß wir aber im Stande wären, diese Scheidung von Wille und objectiver Handlung, eine Scheidung, welche in letzter Linie auf metaphysischem Grunde ihren Ursprung hat, anders als in der Abstraction zu machen, ebensowenig wie die Unterscheidung von Form und Inhalt [3]). So äußert sich im Gehen ein auf das Gehen, im Reden und Schreiben ein auf das Reden und Schreiben gerichteter Wille (voluntas eundi, loquendi, scribendi) u. s. w.

Damit sind die Begriffe Handlung und Willensäußerung, soweit hier erforderlich, festgestellt.

---

[1]) Aehnlich Hölder, krit. V.-J.-Schrift XIV S. 573.

[2]) Das im Text Gesagte schließt sich wie ich glaube im Wesentlichen übereinstimmend den Ausführungen Bindings, die Normen u. s. w. II S. 38 ff. an. Vgl. bes. S. 45: „Bejahung der Kausalitätsfrage ist durchaus noch nicht gleichbedeutend mit Zurechnung. Denn deren Aufgabe ist es nicht, die Ursächlichkeit des Willens für die That, sondern außerdem festzustellen, daß diese Ursächlichkeit selbst mitgewollt war; daß was geschah, nicht nur hervorgerufen wurde durch Willensbethätigung, sondern nichts anderes ist, als verwirklichter Wille."

[3]) Vergl. Schopenhauer (citirt bei Binding II S. 109): „In der Reflexion allein ist Wille und Thun verschieden; in der Wirklichkeit sind sie eins."

Ganz anders geartet ist das Gebiet der Willenserklärung. Während sich der Begriff der Willensäußerung auf die Art und Weise bezieht, wie das Subject „seine Fähigkeit kausal zu werden [4])", d. h. seinen Willen in Wirklichkeit übersetzt, hat die Willenserklärung gerade umgekehrt ein nicht kausales Wollen, eine Willensbestimmung, den bloßen Beschluß des Subjectes, daß etwas geschehen solle, zum Gegenstand, und eine Mittheilung von dem Vorhandensein dieser Willensbestimmung an andere Subjecte zum Inhalt. So kann das Vorhandensein der Willensbestimmung (consilium), einen Menschen umzubringen, einem Andern eine Sache zu geben, einen Spaziergang zu machen, eine Sache haben zu wollen, Andern mitgetheilt werden.

Nun ist aber nach den Gesetzen der menschlichen Erkenntnißtheorie eine geistige Mittheilung nur möglich mit Hilfe eines sinnlichen Vermittelungsglieds. Dieses Vermittelungsglied kann nach denselben Gesetzen nur in einer sinnlichen Handlung bestehen, welche die Eigenschaft hat, bei Andern durch Anregung einer logischen Thätigkeit der Vorstellung von dem Vorhandensein einer gewissen Willensrichtung im Innern des Handelnden zu erzeugen.

Der allgemeine Gebrauch hat nun einer Reihe von Handlungen vorwiegend die Funktion beigelegt, Mittel der Gedanken- und Willensbestimmungsmittheilung zu sein, so namentlich den Handlungen der Sprache; aber sie sind dies nicht in der Weise, daß diejenige Willensbestimmung, welche aus jenen Handlungen erschlossen wird, dieselbe sein müßte, wie die, welcher der Handelnde durch seine Handlung Ausdruck geben wollte; sondern so, daß jede dieser Handlungen kraft objectiver, vom Handelnden nicht zu ändernder sondern nur zweckentsprechend zu handhabender Gesetze der Sprache und des allgemeinen Denkens einen Schluß nur auf diejenige Willensbestimmung hervorruft, für welche sie durch den Gebrauch zum typischen Offenbarungszeichen gestempelt ist.

[4]) Binding a. a. O. S. 110.

Im einzelnen Fall kann aber auch eine beliebige andere Handlung zum Mittel der Willenserklärung, oder kürzer gesagt, zur Willenserklärung werden, aber auch nur in dem Maße, als sich nach der allgemeinen Erfahrung aus derselben auf das Vorhandensein einer gewissen Willensbestimmung schließen läßt [5]).

Sonach wird jedes Mal, sobald ein Thatbestand mit der genannten Eigenschaft in concreto verwirklicht ist, stets die Vorstellung von dem Dasein jener Willensbestimmung mit Nothwendigkeit bei Andern hervorgerufen, und aus diesem Umstand

---

[5]) Die entgegengesetzte Ansicht hat Hölder, krit. V.-J.-Schrift XIV S. 568. „Sind Worte nur Zeichen der Gedanken, so kann von einer objectiven dem Gedanken gegenüber selbständigen Bedeutung derselben, einem „objectiven Wortgehalt" in Wirklichkeit keine Rede sein. Sie sind vielmehr ein Zeichen und Ausdruck stets nur desjenigen Gedankens, welchen der Redende mit ihnen bezeichnen und ausdrücken wollte." Dies ist einfach unmöglich. Wer seine Willensbestimmung, spazieren zu gehen, damit erklären will, daß er sagt „ich will schlafen", erklärt eben jene Willensbestimmung nicht, vielmehr ist mit Nothwendigkeit in andern Subjecten die Vorstellung erweckt, der Handelnde wolle schlafen. Möglicher Weise hat sich der Handelnde versprochen, möglicher Weise in falscher Vorstellung über die typische Eigenschaft der Sprach-Handlung ein falsches Mittel zur Erreichung seiner Zwecke benützt; in jedem Falle hat er seinen Zweck nicht erreicht, denn die Willensbestimmung „spazieren zu gehen" kann auf keine andere Weise als durch Vornahme der dazu sprachlich geschaffenen oder gleichwerthiger Handlungen erklärt werden. — Auch Jhering, Geist d. r. R. II §. 44 nach Note 610 a (2. Aufl. S. 430 fg.) beschreibt zwar den Vorgang bei der Gedankenmittheilung sehr richtig. („Nur im uneigentlichen Sinne können wir ... von einer Uebertragung oder Mittheilung des Gedankens sprechen; übertragen wird nicht der Gedanke selbst, sondern das Wort gewährt nur den Anstoß und die Möglichkeit eines ähnlichen Denkvorganges ... in der Seele des Hörers, wie in der des Sprechenden. Sprechen heißt eine Bewegung hervorrufen, eine physische in der Luft, eine geistige im Hörer" u. s. w.); aber darin ist m. E. ein Irrthum gelegen, daß Jhering den ausgesprochenen Gedanken als „gefrorenes Denken" bezeichnet, denn auch hierdurch wird die Vorstellung erweckt, als sei das Denken des Handelnden in der Aeußerung erstarrt, während die Aeußerung ihren „Gedankengehalt" nicht vom Denken des Handelnden, sondern vom gemeinen Denken erhält. Gegen die Ansichten Hölder's und Jhering's ist auch zu vergleichen, was Bähr, Jahrb. für Dogmatik XIV S. 405 sagt; nur daß er von seinem Hilfsmittel der Fiktion Gebrauch machen zu müssen glaubt, um zu dem Satze zu kommen: „Magst du gewollt haben oder nicht, dein Willen wird nach der äußeren Erscheinung desselben angenommen." — Daß mit der hier vertretenen Anschauung nicht etwa die sog. grammatische Interpretation zum Nachtheil der logischen bevorzugt werden soll, darüber vgl. man unten §. 4 zu Note 7.

geht eine selbständige Stellung jenes sinnlichen Vermittelungsgliedes in dessen Verhältniß zu der inneren Willensbestimmung des handelnden Subjects hervor.

Aus der vorstehenden Auseinandersetzung ergibt sich nun zunächst für das Verhältniß der Begriffe Handlung und Willenserklärung, daß beide durchaus nicht mit einander identisch sind, sondern daß es zwar keine Handlungen gibt, welche nicht Willensäußerungen wären, wohl aber solche, die keine Willenserklärungen sind. Andrerseits kann der objective Thatbestand einer Willenserklärung verwirklicht sein, ohne daß eine Handlung vorläge (so bei den unwillkürlichen Bewegungen im Versprechen, Verschreiben u. s. w.). Daß aber eine Willenserklärung auf die Bezeichnung „Handlung" soll Anspruch machen können, dazu gehören

1) die Erfordernisse jeder Handlung überhaupt, nämlich
   a) ein Wille als Ursache des Eingreifens in die Außenwelt (voluntas),
   b) die Bewerkstelligung einer materiellen Veränderung in der Außenwelt;
2) die besondere Eigenschaft dieser materiellen Veränderung, durch Vermittelung einer logischen Thätigkeit bei Andern die Vorstellung von dem Vorhandensein einer gewissen Willensbestimmung (consilium) in dem Handelnden hervorzurufen [6]).

Für das Verhältniß der herrschenden Rechtsgeschäftstheorie zu dem Begriffe Willenserklärung erhellt aus dieser Auseinandersetzung, daß die Willensbestimmung zu Ziffer 2 gänzlich verschieden ist von dem Willen, der in Ziffer 1a genannt wurde, und daß man daher wohl von diesem, aber durchaus nicht von jener sagen kann, sie „äußere sich" in der Handlung. Die Verwechslung, welche sich die herrschende Lehre hier zu Schulden kommen läßt, findet einen Erklärungsgrund allerdings darin,

[6]) Die Frage, ob sich der Handelnde auch dieser Eigenschaft seiner Handlung bewußt sein müsse, oder ob Mangel dieses Bewußtseins den Begriff der Handlung ausschließe, wird unten ihre Erledigung finden. (S. 41 ff.).

daß man nur auf das Innere des handelnden Subjectes sah und bei diesem — die Congruenz der bei ihm reell vorhandenen und der aus der Handlung zu erschließenden Willensbestimmung vorausgesetzt — wahrnahm, daß das Vorhandensein der betreffenden Willensbestimmung den Impuls zur Vornahme der Erklärungshandlung abgibt; daraus glaubte man nun, indem man den complizirten Mechanismus, der dabei in Bewegung gesetzt werden muß, übersah, schließen zu dürfen, daß jene Willensbestimmung sich in der Handlung äußere, und damit war der Trugschluß, wonach Handlung und Willenserklärung identisch wären, fertig [7]).

Es erhellt ferner, daß es sich bei der Willensbestimmung (consilium), an welche nach der obigen Theorie die rechtlichen Folgen der Willenserklärung geknüpft sein sollen, um eine bloße Abstraction, um ein unfaßbares metaphysisches Etwas handelt, nicht um ein Agens, sondern um einen Zustand, dessen Vorhandensein im Innern des Handelndeu von uns auf Grund der Schlüsse, welche wir aus seiner Handlung ziehen, angenommen wird.

[7]) Besonders deutlich tritt dieser Trugschluß hervor bei Unger, österr. Pr. R. II §. 75: „Die Erfordernisse einer Handlung sind: 1) Willensvermögen des Handelnden. 2) Richtung des Willens auf etwas (Willensentschluß, consilium). 3) Verwirklichung des gefaßten Entschlusses (Willensäußerung, factum)", womit zu vgl. §. 78 N. 1, wo Handlung, Willensäußerung und Willenserklärung ausdrücklich einander gleichgestellt werden. Windscheid in der 4. Aufl. §. 76 N. 1 unterscheidet richtig: Willensinhalt und Erklärungshandlung, ohne aber näher auf die Begriffe einzugehen. Auch bei Schliemann, die Lehre vom Zwang S. 96, 98 Anm. 2, bes. §. 13 findet sich die Unterscheidung von einem Wollen der Erklärung und dem Wollen des Inhalts der Erklärung. — Den Irrthum der herrschenden Ansicht hat auch Schloßmann, Vertrag, S. 135—137 hervorgehoben, und er hat die Verschiedenheit zwischen dem Willen, der zur Handlung, und der Willensbestimmung, die zur Willenserklärung erforderlich sind, richtig erkannt; nur gibt er der Willensbestimmung einen falschen Inhalt, wenn er diese als „Trieb, dessen Befriedigung erst als Erfolg der abgeschlossenen Handlung gehofft" werde, d. h. als auf die Obligirung gerichtet auffaßt. Mit der Obligirung, d. h. dem vom Recht gesetzten Erfolg der Handlung hat das consilium gar nichts zu thun, sondern braucht lediglich auf den faktischen Erfolg, ich will geben, haben u. s. w. gerichtet zu sein, wobei es dann, wie nachher zu zeigen, Sache des objectiven Rechts ist, dieses (objective) Wollen in ein rechtliches Müssen oder Können des Subjects zu verwandeln.

Und trotz all' dem sollen wir diese reelle Willensbestimmung des Handelnden als die eigentliche Substanz und Seele des Rechtsgeschäfts betrachten, und soll das letztere nur darin bestehen, daß von dem Vorhandensein eben dieser Willensbestimmung andern Subjecten Kunde gegeben wird. Wie soll man es sich denn vorstellen, daß dieser Wille Anknüpfungspunkt für rechtliche Folgen dadurch werden könne, daß sein Vorhandensein in der erwähnten Weise geoffenbart wird? Denn wenn man sagen wollte, jener Anknüpfungspunkt sei in der äußerlichen Erklärungs*handlung* zu suchen, und das Rechtsgeschäft bestehe demnach nicht in einer Willenserklärung, sondern in der *Vornahme* einer Willenserklärung, so möchte man zwar damit der Wahrheit näher gekommen sein, aber gewiß nicht die Meinung der oben bezeichneten Willenstheorie getroffen haben, was sich insbesondere aus dem Einflusse ergibt, welchen diese dem Mangel der Willensbestimmung bei der Lehre vom Irrthum zuschreibt. Als sehr bezeichnend für diese Willenstheorie verdient noch bemerkt zu werden, daß nach ihr eine ungeheure Kluft vorhanden ist zwischen den formellen Geschäften des römischen Civilrechts und den sog. Consensualgeschäften, indem bei jenen anerkanntermaßen [8]) die Form selbst gegen den Willen das maßgebende Prinzip war, bei diesen aber allein die Willens*bestimmung* das rechtsverbindliche Element sein soll. Ferner, daß man von Seiten der herrschenden Theorie die Unwirksamkeit der Mentalreservation nur dadurch retten kann, daß man sie entweder auf Utilitätsrücksichten zurückführt, worin doch eine offenbare petitio principii liegt [9]), oder daß man (was übrigens

[8]) Vgl. z. B. *Voigt* jus naturale III §. 5 „(Es wird nach den Prinzipien des rigor) dem Worte die Stellung eingeräumt, daß der ihm eigene, somit sein allgemein sprachlicher Denkgehalt die Willensbestimmung des Redenden vertrete, gleichgültig ob diese Vertretung in Wirklichkeit obwaltet oder nicht." Ferner daselbst §§. 8, 13. Auch *Ihering* in seinen Jahrb. IV S. 71 fg.

[9]) *Savigny* III S. 258. „Nun beruht aber alle Rechtsordnung gerade auf der Zuverlässigkeit jener Zeichen, wodurch allein Menschen mit Menschen in lebendige Wechselwirkung treten können. Daher darf die erwähnte Störung" (der Uebereinstimmung des Willens mit der Er-

nicht einmal richtig ist) behauptet, der rein innerlich gebliebene Wille könne nicht bewiesen werden [10]).

III. Das Wesen des Rechtsgeschäftes im Allgemeinen.

Von den unzähligen möglichen Handlungen sind nicht eben viele [1]) positiv [2]) von rechtlicher Bedeutung. Sie werden dies, sofern sie nothwendiges Erforderniß zu den Thatbeständen bilden, an welche vom objectiven Recht rechtliche Folgen verschiedener Art geknüpft sind. Unter diesen Thatbeständen, zu welchen eine Handlung nothwendiges Erforderniß ist, werden von der abstrahirenden und systematisirenden Wissenschaft zwei Klassen besonders hervorgehoben, nämlich die Delicte und die Rechtsgeschäfte.

Vom Standpunkt einer Untersuchung, welche das positive Recht zum Gegenstand hat und welche also von den einzelnen relevanten Thatbeständen, die von der Wissenschaft unter den Gattungsbegriffen Delict und Rechtsgeschäft zusammengefaßt werden, und die wir uns als in der positiven Rechtsordnung

klärung) nicht angenommen werden in dem einfachsten dafür denkbaren Fall, wenn nämlich derjenige, welcher Etwas als seinen Willen erklärt, heimlich den entgegengesetzten Willen hat, mag er sich auch darüber anderwärts (etwa schriftlich oder vor Zeugen) deutlich ausgesprochen haben." Voigt a. a. O. S. 154 erkennt in der Unwirksamkeit der Mentalreservation offen eine (zwar nöthige) Beugung des maßgebenden Prinzips an.

[10]) Windscheid §. 75 N. 1.

[1]) Vgl. unten zu Note 14.

[2]) Negativ kann man mit Brinz S. 1390 alle Handlungen als dem Rechtsgesetz unterworfen sich denken, sofern das letztere, indem es einen Theil derselben verbietet, eben damit alle andern Handlungen für erlaubt erklärt.

schematisch präformirt vorzustellen haben [3]), als etwas Gegebenem ausgeht, kann es nicht Aufgabe sein, auf dem Wege der Deduction zu der Begriffsbestimmung beider Arten von rechtlich bedeutsamen Handlungen zu gelangen. Vielmehr kann der einzuschlagende Weg nur der sein, daß gefragt wird, welche Merkmale haben die genannten Thatbestände gemeinsam, und daß die gefundenen gemeinsamen Merkmale zum Aufbau der Begriffe verwendet werden.

Von diesem Standpunkt aus gesehen hat nun — die Verschiedenheit der Rechtsfolgen zunächst bei Seite gelassen — eine Reihe von relevanten Handlungen das gemeinsame Merkmal, daß sie bestimmten vom Recht aufgestellten Normen zuwiderlaufen; Handlungen dieser Art nennt man Delicte [4]).

Eine Reihe von andern rechtserheblichen Handlungen aber hat die gemeinsame Eigenschaft, daß sie rechtlich bedeutsame Willenserklärungen sind, d. h. daß in ihnen eine gewisse, durch die anerkannten Rechtsbegriffe näher bestimmte, auf Gestaltung von Rechtsverhältnissen sich beziehende Willensbestimmung (consilium) des Handelnden objectiv zur Erscheinung kommt — Rechtsgeschäfte.

Sache einer Philosophie des positiven Rechts, d. h. einer Untersuchung, in wie weit das an sich Vernünftige im positiven Recht verwirklicht ist, wäre es, nachzuweisen, daß und wie weit die Normen, welchen die delictischen Handlungen zuwiderlaufen, auf die Grundlagen des staatlichen und gesellschaftlichen Zusammenlebens sich beziehen, ebenso daß und wie weit durch die Rechtsvorschriften, nach welchen im Privatrecht an die rechtsgeschäftlichen Handlungen Rechtsfolgen geknüpft sind, den Interessen des wirthschaftlichen Verkehrs und der den Individuen zukommenden Verfügungsgewalt über Person und Vermögen

---

[3]) Brinz S. 1389. „(Es) ist das Wie der Rechtsgeschäfte sämmtlich vom Rechte bestimmt, und wäre es nur, daß diejenige Form und Gestalt, welche sie etwa von Natur aus haben, als auch dem Rechte genügend erklärt wird." Vgl. auch denselben S. 1500.

[4]) Es braucht nicht erst gesagt zu werden, daß diese Definition mit Rücksicht auf Binding, die Normen u. s. w. gegeben ist.

Rechnung getragen wird. Desgleichen würde dahin gehören die Erörterung der Fragen, ob das Recht bei der Anknüpfung rechtlicher Folgen an die rechtsgeschäftliche Handlung von der Annahme ausgeht, daß die in der Handlung zur Erscheinung kommende Willensbestimmung regelmäßig identisch sein werde mit der inneren Willensbestimmung der Partei, und ferner, ob und in wie weit die rechtlichen Folgen, welche an den Rechtsgeschäftsthatbestand geknüpft sind, in einem correspondirenden Verhältnisse stehen zu dem Inhalte der in demselben erscheinenden Willensbestimmung; endlich ob das Recht mit der Anknüpfung der genannten Folgen bei einem Theil rechtsgeschäftlicher Handlungen (namentlich bei den sog. Rechtsgeschäften inter vivos) mehr dem Interesse dessen gerecht werden wollte, in welchem nach Inhalt der erklärten Willensbestimmung die gerechte Hoffnung auf eine Leistung erweckt worden war, bei einem andern Theil aber (so bei den negotia mortis causa) nur die Intentionen dessen, von welchem die betreffende Verfügung ausgeht, zur Anerkennung und Wirksamkeit zu bringen sich bestrebte.

Für die positive Institution der Rechtsgeschäfte sind, wie schon oben gesagt ist, alle diese Fragen transscendent und kommen nur sozusagen als Motive des Rechts, jene Institution zu schaffen, oder so wie geschehen zu gestalten, in Betracht. Der aktuell vorliegende Rechtsgeschäftsthatbestand hat Rechtswirkung kraft seiner objectiven Existenz [5]), ohne Rücksicht darauf, ob die in ihm zur Erscheinung gekommene Willensbestimmung auch im Innern der Partei besteht, und noch viel weniger darauf, ob die Partei das Eintreten der an den Thatbestand geknüpften Rechtsfolgen gewollt hat. Insbesondere ist es durch nichts geboten, mit Schloßmann und Röver nur für einen Theil der rechtsgeschäftlichen Thatbestände die Unabhängigkeit des Eintritts der Rechtsfolgen von dem Vorhandensein der betreffenden Willensbestimmung im Innern des handelnden Subjectes anzunehmen, für einen andern aber (letztwillige Verfügungen, Eigen-

[5]) Vgl. Lotmar, causa S. 19. „Das Recht erkennt nur und reagirt nur auf Thatsachen, also auf Aeußerliches."

thumstradition u. s. w.) [6]) diese Willensbestimmung als bewegendes Prinzip festzuhalten. Vielmehr kann es auch bei diesen letzteren Thatbeständen nur die im objectiven Thatbestand erscheinende Willensbestimmung sein, welche für den Eintritt der Rechtsfolgen maßgebend ist, und höchstens darin kann ein Unterschied namentlich der letztwilligen Verfügungen von anderen Rechtsgeschäften anerkannt werden, daß bei ersteren die Interpretation eine noch freiere ist, als sonst [7]).

Es ist, wie bereits bemerkt [8]), von Lotmar der Versuch gemacht worden, Delict und Rechtsgeschäft gar nicht zu trennen, sondern sie unter dem gemeinsamen Namen „Rechtsgeschäfte" zusammenzufassen, sofern beide Willensäußerungen seien, welche von Rechtsfolgen begleitet sind („Rechtsgründe"). Es ist nun unbestreitbar, daß die Delicte und Rechtsgeschäfte sich von andern „Rechtsgründen" gemeinsam dadurch unterscheiden, daß der wesentlichste Theil der Thatbestände beider in Willensäußerungen besteht. Allein es fragt sich, ob bei dieser Gemeinsamkeit gegenüber von anderen juristischen Thatsachen stehen geblieben werden soll, oder ob es nicht fruchtbarer ist, zur Unterscheidung der beiderlei Thatbestände unter sich fortzuschreiten. Daß diese Unterscheidung weder aus der Art ihrer Rechtswirkung, noch aus der Erlaubtheit oder Unerlaubtheit der Handlung, noch aus der Gewolltheit oder Ungewolltheit der Rechtswirkung hergeleitet werden darf, hat Lotmar [9]) sehr mit Recht hervorgehoben. Er hat sich aber den richtigen Weg von vornherein dadurch verschlossen, daß auch er das Wesen der Willenserklärung verkennt, bezw. Willenserklärung und Willensäußerung identifizirt. Wenn man das Rechtsgeschäft bloß unter dem Gesichtspunkt der mit Rechtsfolgen begabten Willensäußerung betrachtet, kann man es allerdings dem Delict gleichsetzen, nur würde daraus noch nicht die Consequenz folgen, die Delicte nun auch mit

---

[6]) S. oben §. 1 zu Note 26. Schloßmann, Vertrag S. 92 ff.
[7]) Vgl. §. 4 zu Note 9 und 11.
[8]) Oben S. 6.
[9]) A. a. O. S. 10, 15 fg.

Lotmar Rechtsgeschäfte zu nennen. Delict und Rechtsgeschäft unterscheiden sich aber durch die verschiedenen Eigenschaften ihrer Thatbestände, sofern wie bemerkt der Willensäußerung im Thatbestand des Delicts die objective Eigenschaft der Normwidrigkeit, der Willensäußerung im Thatbestand des Rechtsgeschäfts die objective Eigenschaft, so und so geartete Willenserklärung zu sein, zukommt. Der Fehler der herrschenden Theorie besteht nur darin, daß sie das erklärte consilium, welches das spezifische Merkmal der objectiven Rechtsgeschäftsthatbestände bildet, für das wirkliche consilium des handelnden Subjects ansieht und dann so schließt: weil der Handelnde dieses consilium hat, tritt, wofern er es nur äußert, die demselben entsprechende Rechtsfolge ein; während von dem hier vertretenen Standpunkt zu sagen wäre: weil der Handelnde einen objectiven Rechtsgeschäftsthatbestand verwirklicht, d. h. eine Handlung vorgenommen hat, in welcher nach Rechtsvorschrift objectiv ein gewisses consilium zur Erscheinung kommt, treten die vom Recht an diesen Thatbestand geknüpften Rechtsfolgen ein — ohne Rücksicht auf das consilium, welches der Handelnde hatte [10]).

Somit sind die objectiven Rechtsgeschäftsthatbestände selbständige d. h. vom Parteiwillen unabhängige rechtsbegründende Thatsachen [11]), und das objective Recht gewährt durch das In-

---

[10]) Vgl. unten §. 4 zu Note 4—7.

[11]) Sehr klar ist diese Anschauung ausgesprochen von Vultejus, jurisprudentia Romana (1598) lib. I. cap. XXVI: „Causa summa, quae omnibus aliis juris effectibus est communis, est jus: inferior hominis factum, quod obligationi occasionem magis praebet, quam ut obligationem inducat. Et si enim ut obligatio constituatur, mens atque voluntas ut plurimum sit necessaria, ex ea tamen obligatio oritur, non quod homo ita velit, sed quod jus ex facto ejusmodi obligationem oriri concedat: et e diverso saepe fit, ut homo obligari nolit, obligetur tamen nihilominus, si ejusmodi aliquid fecerit, ex quo jus ipsum obligari voluit.“ Vielleicht ist auch die Aeußerung von Brinz S. 1504 fg. hierher zu stellen: „Inmitten der Vorausbestimmtheit dessen, was man bei jedem Geschäft wollen muß, besteht die Freiheit des Handelnden vor allem darin, daß ohne seinen Einfluß kein einziges Geschäft zur Existenz kommt, und also selbst das Nothwendige zur freien That wird; so wie darin, daß alles was nach Art und Gattung des Geschäftes dessen Gegenstand oder Grund zu bilden

stitut der Rechtsgeschäfte den ihm unterworfenen Subjecten die Möglichkeit, durch die concrete Verwirklichung der geeigneten objectiven Rechtsgeschäftsthatbestände die ihren Zwecken entsprechenden Rechtsfolgen hervorzurufen [12]). Angenommen z. B. A sei Eigenthümer einer Sache, B einer Summe, und beide haben den Wunsch, dieses rechtliche Verhältniß umzukehren, so können sie ihre Absicht auf verschiedene Weise erreichen. Der bloße auf die Rechtsveränderung gerichtete Wille hat an sich, selbst wenn die Parteien sich darüber verständigen, juristisch keine Wirkung; vielmehr müssen sie, um etwas rechtlich Bedeutsames zu erzielen, zum Abschluß eines entsprechenden Rechtsgeschäfts schreiten. Möglicher Weise wird der Zweck erreicht durch die Vornahme von zwei zur Erzeugung einseitiger Obligationen gestalteten Geschäften, die wiederum sehr verschiedenartig sein können, möglicher Weise dadurch, daß die Parteien den zweiseitigen Vertrag des Kaufs (mit nachfolgender Tradition) abschließen. In jedem Fall muß der vom Recht geforderte objective Thatbestand des Geschäfts von den Parteien in concreto verwirklicht werden, wozu speziell für den Kauf gehört, daß von jedem der Contrahenten eine sinnliche Handlung vorgenommen wird, welche auf der Seite des A dessen Willensrichtung, daß er dem B die Sache um 100 verkaufe, auf der Seite des B die Willensrichtung, daß er dem A die Summe gegen die Sache gebe, objectiv zur Erscheinung bringt [13]). Durch Vornahme dieses Aktes werden für die Parteien die Rechtsvorschriften wirksam, welche das Rechtsinstitut des Kaufes ausmachen. —

Die herkömmliche Unterscheidung zwischen formlosen und formellen Rechtsgeschäften bezieht sich auf die mehr oder minder

hat, erst durch sein Wollen und Wählen zu der für das wirkliche Dasein unerläßlichen concreten Bestimmtheit gelangt. Allein diese Freiheit beruht auf höheren über das Recht erhabenen Gesetzen."

[12]) Diese Möglichkeit muß auch bei den Delicten zugestanden werden: es kann einer stehlen um in's Zuchthaus zu kommen.

[13]) „Der Verkauf ist die Erklärung, daß man — gegen ein Aequivalent in Geld — ein Stück aus seinem Vermögen ausscheide und in das Vermögen des Käufers hineinsetze." Windscheid, Pandecten II §. 365 N. 18.

große Solennität der vom Recht für das Rechtsgeschäft geforderten Form, d. h. auf gewisse besondere Erfordernisse, welche das Recht bei manchen Geschäften hinsichtlich der Qualität der Handlung aufstellt, welche den objectiven Thatbestand bildet. Im modernen Recht genügt es in der Regel, daß das dem objectiven Rechtsgeschäftsthatbestand nöthige consilium in einer irgend welchen sinnlichen Handlung zur Erscheinung gebracht sei, ohne daß andre Vorschriften gegeben wären, als die, daß die Handlung innerhalb der Grenzen der Gemeinverständlichkeit sich zu halten habe. Es wird übrigens auch hiebei die Variabilität der sinnlichen Handlungen nicht allzu groß sein [14]). Im Gegensatz hiezu verlangt das heutige Recht bei gewissen und das ältere römische Recht bei den meisten Geschäften sinnliche Handlungen, welche zwar selbstverständlich jenes consilium auch zur Erscheinung bringen, dabei aber nach ihrer äußeren Form ein für alle Mal bestimmt und durch keine andere, wenn auch an ideellem Gehalt gleichwerthige Handlungen zu ersetzen sind. Es ist hier besonders an die Vorschriften zu denken, wonach der Gebrauch gewisser Worte (z. B. des Wortes „Wechsel") oder correspondirender Frage und Antwort, oder der Schrift, oder die Vornahme einer im übrigen nicht näher bestimmten Handlung (keine verborum proprietas) vor Zeugen oder vor Gericht verlangt wird. Es ist klar, daß sich bei den Geschäften, welche in der letzteren Weise vom Recht gestaltet sind, der Akt des Rechtsgeschäfts sichtbarer von etwaigen Vorverhandlungen abhebt, und daß die „Diagnose", ob ein Rechtsgeschäft vorhanden sei oder nicht, viel sicherer ist, als bei den sog. formlosen Geschäften, deren Abschluß-Akt möglicher Weise dieselbe äußere Form hat, als irgend

[14]) Hier ist zu erinnern an die Lehre von der sog. „stillschweigenden Willenserklärung", ein Ausdruck, welcher sehr ungeschickt gewählt ist. Soweit hiebei Handlungen in Frage kommen, welche die Eigenschaft haben, rechtlich bedeutsame Willenserklärungen zu sein, insoweit liegen wirkliche von den „ausdrücklich" abgeschlossenen schlechterdings nicht verschiedene Rechtsgeschäfte vor. Sehr viele Fälle der sog. stillschweigenden Willenserklärung sind aber gar nicht als Rechtsgeschäfte aufzufassen, sondern auf das Eingreifen von Rechtssätzen verschiedener Natur zurückzuführen. Näher kann hier auf diese Frage nicht eingegangen werden.

ein Vorstadium [15]). Ebenso gewiß ist aber, daß „im Begriff das Rechtsgeschäft von den vorbereitenden Handlungen, das wirkliche Sichbinden des Willens von der bloßen Ankündigung der vorhandenen Geneigtheit zum Binden, die Bethätigung, Ausführung eines Entschlusses von der bloßen Mittheilung über das innerliche Vorhandensein desselben unterschieden ist" [16]). Daß dieses „wirkliche Sichbinden des Willens" nicht so gedacht werden kann, als bedürfe es dazu blos einer Offenbarung des „Willens", sondern daß vielmehr diese Bindung des Willens, bezw. die Erlangung rechtlicher Macht nur auf Grund der Verwirklichung eines vom Recht dazu geschaffenen Thatbestands vor sich gehen kann, dürfte im Bisherigen zur Genüge dargethan sein [17]). Daraus ergibt sich, daß die Vornahme eines jeden Rechtsgeschäfts, auch des sog. formlosen, als ein formeller Akt in dem Sinne aufzufassen ist, daß sie in der Verwirklichung des vom Recht erforderten und ihm genügenden Thatbestands besteht. Formell ist dieser Akt genannt, nicht blos um damit die Nothwendigkeit einer äußern Erscheinung überhaupt zu bezeichnen [18]), sondern im Hinblick darauf, daß das Recht die Form, das „Wie" eines jeden Rechtsgeschäfts bestimmt [19]).

---

[15]) Jhering, Geist des r. R. II §. 45 (2. Aufl. S. 480 fg.).

[16]) Daselbst S. 479.

[17]) S. oben zu Note 5 und §. 2 gegen Ende, und vgl. zu der daselbst aufgestellten Behauptung der Unfaßbarkeit des Willensmomentes die erst hier in's richtige Licht zu setzende Bemerkung Jherings a. a. O. S. 480: „Ich will dir legiren, verkaufen, schenken kann heißen: 1) ich thue es hiermit, oder 2) ich mache mich verbindlich, es demnächst zu thun, oder 3) ich habe die Absicht, wovon ich dich in Kenntniß setze, aber nicht in anderer Weise und nicht mit anderer Wirkung als von irgend einem andern Gedanken, der in meiner Seele auftaucht, d. h. ich will nicht gebunden sein." Nicht darauf kommt es eben an, was die betreffende Erklärung „heißen" kann, sondern darauf, was sie sein kann, bezw. was sie ist; nicht in der unergründbaren Verschiedenheit des subjectiven Willens ist die Verschiedenheit zu suchen, sondern darin, ob nach den Umständen die abgegebene Erklärung den Thatbestand eines Rechtsgeschäfts bildet, oder nicht, und daher wäre richtiger zu sagen: die Erklärung „ich will dir verkaufen" kann sein: 1) der Thatbestand des Rechtsgeschäfts venditio, 2) der Thatbestand des Rechtsgeschäfts pactum de vendendo, 3) eine unverbindliche Vorverhandlung. — Vgl. l. 24 D. de test. mil. 29, 1.

[18]) Windscheid I §. 72 Note 6.

[19]) Brinz S. 1389 (oben Note 3).

Hier ist nun noch die Bemerkung zu machen, daß zu manchen Rechtsgeschäftsthatbeständen noch mehr als blos die Vornahme einer Handlung, welche die Eigenschaft hat, Willenserklärung zu sein, von den Parteien verlangt wird, und zwar nicht blos in dem soeben erörterten Sinn, daß das Recht in gewissen Fällen ein für alle Mal eine besondere Qualität der Handlung verlangt. Vielmehr müssen die Parteien bei manchen Geschäften neben der Handlung, in welcher derjenige Wille zur Erscheinung kommt, durch den das Geschäft seinen spezifischen Charakter erhält, noch weitere Momente verschiedener Art verwirklichen, damit jene Handlung von Wirksamkeit sei [20]). Ein Hauptbeispiel von Fällen dieser Art bilden die Rechtsgeschäfte, durch welche die sog. Realcontracte eingegangen werden; bei diesen muß zu der Erklärungshandlung, welche für die Art der Realcontractsobligationen (ob ex mutuo, deposito oder aus unbenanntem Contract) maßgebend ist, noch eine res bezw. ein factum hinzukommen, damit überhaupt eine Obligation ex mutuo u. s. w. entstehe [21]). Ferner wird zu den Geschäften, durch welche Besitz oder Eigenthum erworben oder übertragen werden soll, die Herstellung eines gewissen thatsächlichen Verhältnisses zur Sache (corpus) [22]) verlangt, neben einer Handlung, in welcher der betreffende animus (possidendi dominium transferendi) erscheint. — Nicht ausgeschlossen ist es in allen diesen Fällen, daß in der auf Realisirung der erwähnten weiteren Momente gerichteten Handlung zugleich auch der erforderliche Wille zur objectiven Erscheinung kommt, so daß eine besondere Erklärungs-

---

[20]) Diese Momente können ihrerseits wieder Rechtsgeschäfte sein, so daß dann ein Rechtsgeschäft Theil des objectiven Thatbestands eines andern Rechtsgeschäfts wird. Die aus diesem Verhältniß entstehenden Fragen bilden vorzugsweise den Gegenstand der mehrfach citirten Schrift von Lotmar.

[21]) Vgl. Brienz (1. Aufl.) S. 372. — Ebenso ist es bei der Obligation aus der negotiorum gestio; es bedarf neben dem animus noch eines negotium.

[22]) Wie dieses Verhältniß beschaffen sein müsse, darüber herrscht bekanntlich Streit. — Auch bei der Dereliction ist ein bestimmtes Verhältniß zur Sache, nur eines von negativer Art, herzustellen.

handlung nicht nothwendig ist. So ist unter Umständen möglich, daß aus einer »datio« »id agi intellegitur, ut ejusdem generis et eadem bonitate solvatur, qua datum sit« (consilium oder animus mutui dandi) [23]; oder daß aus den Umständen, unter welchen ein fremdes negotium gerirt oder eine traditio vorgenommen wird, die betreffende Handlung die Eigenschaft erhält, den animus negotia gerendi oder dominium transferendi objectiv zur Erscheinung zu bringen; bei den Occupationshandlungen wird dies sogar die Regel bilden und eine besondere Erklärungshandlung selten vorkommen [24].

IV. Der objective Thatbestand des Rechtsgeschäfts.

Mehrfach ist in der bisherigen Erörterung von einem objectiven Rechtsgeschäftsthatbestand die Rede gewesen. Auf diesen Begriff ist hier näher einzugehen.

Rein formell kann man den objectiven Thatbestand des Rechtsgeschäfts bestimmen als den Inbegriff derjenigen Merkmale, welche die äußere Seite des Rechtsgeschäfts ausmachen. Diese Merkmale zerfallen in zwei Hauptklassen, nämlich in solche, welche ohne Zuthun der Partei und unabhängig von ihrem

[23]) L. 3 D. de r. cr. 12, 1. Vgl. Brinz S. 372.

[24]) Brinz (2. Aufl.) S. 502. — Die genannten besondern Erfordernisse wird man richtiger nicht als die Form der Geschäfte bezeichnen, ebensowenig bei Tradition und Occupation (Windscheid §. 171 N. 3. Köppen, Jahrb. für Dogmatik XI S. 144 N. 7), wie bei den realcontractlichen Geschäften. Denn von Form in diesem Sinne kann man nur sprechen, wenn das Recht nur eine ganz bestimmte äußere Gestalt der Handlung als Rechtsgeschäft gelten läßt, dies ist aber weder bei den Realcontracten noch beim Eigenthumsübertragungsvertrag (brevi manu traditio! Brinz a. a. O. Note 7. Bruns, in v. Holtzendorff's Encyclopädie 2. Aufl., I S. 341 unten, S. 365) der Fall.

Willen und Können vorhanden sind, und in solche, welche auf Grund einer Willensbethätigung derselben in's Dasein zu treten haben, d. h. Handlungen sind. Unter den Merkmalen der ersteren Art ist eines der wichtigsten rechtlich anerkannte Handlungsfähigkeit der Partei; ein anderes ist z. B. Tauglichkeit des Objects des Rechtsgeschäftes u. s. w.

Unter den Merkmalen der zweiten Klasse lassen sich solche unterscheiden, welche nothwendig verwirklicht werden müssen, damit überhaupt von einem Rechtsgeschäft die Rede sein könne (die sog. essentialia negotii), und solche, welche sich jenen erst in zweiter Reihe anschließen können, und deren Verwirklichung bei der Vornahme eines Rechtsgeschäfts den Parteien nur erlaubt, nicht geboten ist, ohne jedoch darum außerhalb des Bereiches dessen zu fallen, was vom Rechte aus generell vorher bestimmt ist (accidentalia negotii).

Der wesentlichste Theil des objectiven Thatbestandes eines jeden Rechtsgeschäfts ist, wie bereits bemerkt, eine Handlung, welche die Eigenschaft hat, eine gewisse Willensrichtung objectiv zur Erscheinung zu bringen. Bei dem zweiseitigen Rechtsgeschäft (Vertrag) kommt für den objectiven Thatbestand das weitere Erforderniß hinzu, daß hinsichtlich dessen, was auf Seiten beider (oder überhaupt der mehreren) Contrahenten als gewollt erscheint, unter den bezüglichen Erklärungen ein correspondirendes Verhältniß vorhanden sein muß; daher liegt kein objectiver Thatbestand eines Vertrags vor, wenn der eine Contrahent etwas Anderes objectiv als seinen Willen erklärt, als der andere, wenn also z. B. der eine sagt: „ich verkaufe Dir den fundus Cornelianus", während der andre erklärt: „ich kaufe von Dir den fundus Sempronianus"; oder wenn der eine objectiv erkennbar über Mark dänisch, der andre ebenso über Mark hamburgisch contrahirt (jenes wäre nach bekannten Auslegungsregeln z. B. der Fall in einem Briefe, welcher in Dänemark geschrieben ist und nur von Mark schlechthin spricht, dieses in einem ebenso redenden in Hamburg geschriebenen Briefe). Es wird m. a. W. bei den Verträgen zum objectiven Thatbestand verlangt,

daß una sententia vorliege, d. h. nicht Eine Meinung, sondern Eine Sentenz, Ein Spruch [1]); ist keine una sententia vorhanden, so haben wir es mit einem (objectiven) dissensus zu thun [2]). Ein solcher objectiver dissensus schließt aber nicht einmal in allen Fällen die Wirksamkeit des ganzen Rechtsgeschäftes aus, sondern nur dann, wenn er in Bezug auf einen sog. wesentlichen Bestandtheil desselben vorliegt: dies ist der richtige Kern der herrschenden Lehre vom wesentlichen Irrthum. —

Was in dem objectiven Thatbestand nothwendiger Weise als gewollt erscheinen muß, damit ein Rechtsgeschäft zu Stande komme, ergibt sich aus der Lehre von den wesentlichen Erfordernissen der Rechtsgeschäfte. „Was man wollen muß — sagt Brinz [3]) — bestimmt sich nach dem Begriffe des Geschäfts, das man vorhat. Denn die Gattungen und Arten der Geschäfte sind im Voraus bestimmt, dem Parteiwillen ist, wenigstens in der historischen Zeit, anheimgestellt, durch Combination der vorhandenen Arten vielleicht neue Spezies zu gestalten; neue

---

[1]) L. 1 §. 3 D. de pact. 2, 14; cf. l. 1 D. qui test. fac. 28, 1.

[2]) An diesen Fall wird gewöhnlich gar nicht gedacht (auszunehmen ist Bähr in Jahrb. für Dogmatik XIV S. 417 fg.), sondern nur an den andern, wo objectiv ein Consens erklärt wird in Folge einer falschen Vorstellung, welche sich der Erklärende über die Erklärung der Gegenpartei macht. (Vgl. Windscheid §. 77, welcher zwar von der „Abgabe einer mit der Willenserklärung der Gegenseite nicht übereinstimmenden Willenserklärung" spricht, aber doch wohl einen innerlichen Dissens bei scheinbarem Consens im Auge hat; Brinz S. 1402. „Die That ein Consens, das Wollen ein Dissens"). Dieser Fall ist aber von dem im Text genannten wesentlich verschieden und würde z. B. vorliegen, wenn der Eine sagt fundus Cornelianus und der Andere im Glauben es handle sich um den f. Sempronianus seinen Consens erklärt, oder wenn der Eine Mark Dänisch sagt und der Andere hiezu in der Meinung, es handle sich um Mark Hamburgisch, seinen Consens erklärt (Mark Dänisch sagt aber nach bekannter Auslegungsregel jeder der in Dänemark nach Mark contrahirt). In diesen Fällen muß der Vertrag als zu Stande gekommen und rechtswirksam angesehen werden, soweit es sich nicht auch hier (vgl. das im Text folgende) um einen Mangel des subjectiven Thatbestands handelt. Hölder, krit. V.-J.-Schrift XIV S. 570 nimmt mit Unrecht hier einen error, ein „reales" Auseinandergehen der beiderseitigen Erklärungen an.

[3]) §. 336. Vergl. Jhering, Geist d. r. R. III §. 53 (2. Aufl. S. 132 fg.).

Arten vermag er ebensowenig einzuführen, als neue gerichtliche Aktionen." Umgekehrt bestimmt sich die rechtliche Natur und Wirkung eines vorhandenen Thatbestandes lediglich und ausschließlich nach dem, was in demselben als gewollt zur Erscheinung gekommen ist (selbstverständlich nur, sofern es sich innerhalb der genannten Schranken hält, denn ein Wollen, das sich mit den Rechtsbegriffen im Widerspruch befindet, ist ohne Wirksamkeit) [4]) — nicht deswegen, weil es nach der Willensbestimmung der Partei so gewollt ist, sondern deswegen, weil damit gerade diejenigen Voraussetzungen gegeben sind, an welche das Recht diese Wirkungen anknüpft. Ein innerlich gebliebener Wille hat daher rechtliche Wirkung überhaupt nicht; der erklärte, in einem objectiven Rechtsgeschäftsthatbestand zur Erscheinung gekommene Wille, m. a. W. dieser objective Thatbestand selbst hat ausnahmsweise keine rechtliche Wirkung nur dann, wenn und soweit derselbe dem Subject, das ihn verwirklicht hat, wegen Mangels des subjectiven Thatbestands nicht zugerechnet werden kann. — Hierin liegt nun im Gegensatz zu der herrschenden Theorie die Consequenz, daß auf die innere Willensbestimmung der Partei lediglich nichts ankommt, auch dann nicht, wenn das im objectiven Rechtsgeschäftsthatbestand erscheinende consilium und das innere consilium der Partei sich nicht decken. Vielmehr wird jeder, der in einer ihm zuzurechnenden Weise den objectiven Thatbestand eines Rechtsgeschäfts verwirklicht, aus dem Rechtsgeschäft verpflichtet, wenn er auch (durch confessio in judicio, durch Eid u. s. w.) sollte beweisen können, daß er nicht in dieser Weise habe verpflichtet werden wollen. Die Thatsache z. B., daß jemand einen Wechsel ausstellt, ist ein objectiver Rechtsgeschäftsthatbestand und eben darum verpflichtend. Wer einen Wechsel ausstellt, wird dadurch Wechselschuldner, auch wenn er nicht im Geringsten die Absicht gehabt haben sollte, etwa regreßpflichtig zu werden.

Ein interessanter hieher gehöriger Fall ist bei Leyser mit-

[4]) Ihering a. a. O.

getheilt [5]). Ein Mäkler A. geht mit dem Kaufmann B., welcher guten Credit hat, zu dem Kaufmann C. und bestellt, ohne zu sagen für wen, bei letzterem Waaren; dabei gibt er dem C. Auftrag, die Waaren in die Wohnung des B. bringen zu lassen. B. ist während des Geschäftes anwesend und sagt zuletzt zu C.: „Sorgen Sie dafür, daß diese Waaren zu mir gebracht werden." Später verlangt C. von B., welchen er sehr natürlich für den Käufer hielt, den Kaufpreis, aber B. erklärt, und der Mäkler erhärtet dies eidlich, er habe gar nicht kaufen wollen, sondern der Mäkler habe im Auftrag eines Dritten gekauft. Die Helmstädter Fakultät verurtheilte den B. als Käufer, »quisquis (enim) signa consensus edit, is, et si hunc animum vere non habuerit, perinde tamen ac si habuisset, obligatur,« eine Entscheidung, die m. E. ebenso richtig als es zweifelhaft ist, ob ein heutiger Jurist nach den Grundsätzen der herrschenden Lehre ebenso hätte entscheiden dürfen. In den Fällen der Simulation, des Scherzes, der Mentalreservation u. s. w. will die Partei die Verwirklichung des objectiven Thatbestands des Rechtsgeschäfts, nicht aber die an ihn geknüpften rechtlichen Folgen. Diesem Nichtwollen der Folgen des Rechtsgeschäfts wird aber nur dann ein ausnahmsweiser Einfluß auf die Wirksamkeit des Geschäftes eingeräumt, wenn jenes selbst in dem zu beurtheilenden Thatbestand objectiv zur Erscheinung gekommen ist [6]).

Die Frage, ob ein gewisser zur Beurtheilung gegebener Thatbestand überhaupt ein und welcher Rechtsgeschäftsthatbestand

---

[5]) Med. ad pand. spec. 188. med. I.

[6]) Daher die Irrelevanz der Mentalreservation, der Simulation, wofern nicht auf diese eine Nebenberedung hinweist u. s. w. Vgl. Unger, österr. Pr. R. II §. 88 Note 5. Jhering, Jahrb. IV S. 74 fg. Manche der von Bähr, Jahrb. XIV S. 412 ff. angeführten Fälle, deren Rechtswirksamkeit dieser mit seiner Fiktion darthun will, lassen sich auf den im Text genannten Gesichtspunkt zurückführen. So der (schon von Jhering a. a. O. gebildete) Fall, daß Jemand zu Lehrzwecken einen Wechsel ausstellt, und dieser in den Verkehr kommt, ferner daß jemand unter eine Schuldurkunde eine Cessionserklärung setzt oder eine Quittung ausstellt, und die Urkunde entwendet wird u. s. w.

er sei („Analyse" [7]), ist nach allgemein logischen Gesetzen, nach dem gemeinen Denken zu entscheiden. Das Material, welches sich dieser logischen Thätigkeit („Auslegung") darbietet, ist der sinnliche Theil des objectiven Thatbestands, aus welchem allein der übersinnliche erschlossen werden kann, indem die aus der sinnlichen Handlung nach allgemeinen Erfahrungs- und Sprachgrundsätzen hinsichtlich des consilium sich ergebenden Folgerungen gezogen werden, der Inhalt des Rechtsgeschäfts „ausgelegt" wird. Im älteren Recht war die Auslegung darauf beschränkt, den Inhalt des Rechtsgeschäfts blos der unmittelbaren Handlung der Partei zu entnehmen, während es nach den Grundsätzen der aequitas gestattet ist, zu diesem Zweck erforderlichen Falls auf den Zusammenhang der Handlung mit vergangenen und gleichzeitigen Thatsachen hinauszugehen, um das id quod actum est zu ermitteln [8]). Es kann dies nicht besser ausgedrückt werden, als es von Brinz [9]) geschehen ist: „Das id quod actum selbst ist kein unausgedrücktes, sondern nur ein vor der endlichen Willensfassung ausgedrücktes Wollen; die Absicht, wie sie sich in den Stadien der Vorverhandlung oder in der sonstigen Vorbereitung des Geschäfts kundgegeben hat; eine Intention, welche vor deren schließlicher Abfassung zu Tage trat, in dieser schließlichen Abfassung selbst aber zu kurz kam. Der Wille, wie er in seiner Schlußredaction auftritt, der Ausdruck, wie er im Momente des Abschlusses dasteht, sollen über den Inhalt und die Bedeutung des Geschäftes nicht allein entscheiden; es muß der Wille, welcher dem Abschluß vorausging, mit in's Auge gefaßt, und es müssen alle seine Offenbarungen, von den ersten Anfängen des Geschäftes an, im Zusammenhange gewürdigt werden; da kann sich zeigen, daß die Schlußfassung hinter dem wahren Willen zurückblieb, und soll dann eine Correktur dieses letzten Wortes (dictum) stattfinden — nicht aus Unausgesprochenem, Unausgedrücktem, sondern aus

[7]) Jhering a. a. O. (Note 3).
[8]) Jhering a. a. O. II §. 44 (2. Aufl. S. 432 fg.).
[9]) S. 1552 fg.

dem Vorausgegangenen, Vorausverhandelten, Vorausgesprochenen (actum)." Immer aber ist festzuhalten, daß nie ein innerlicher Wille der Partei, sondern der im Rechtsgeschäftsthatbestand objectiv enthaltene Wille „ausgelegt" wird [10]), wobei auch insofern innerliche Meinungen des Handelnden ohne Bedeutung sind, als dieser mit der Handlung einen andern Willen zum Ausdruck bringen will, als der ist, welcher wirklich in derselben zum Ausdruck kommt [11]).

---

[10]) Es ist bemerkenswerth, daß sich die römischen Juristen mit Vorliebe unpersönlich, passivisch ausdrücken „quid actum sit", „quid apparet, intellegitur actum esse" u. dgl., was viel objectiver ist, als wenn sie sich des persönlichen Aktivums bedienten („quid contrahentes egerunt"). Vgl. l. 61 pr. de jud. 5, 1. l. 10 pr. D. de lege Rhod. 14, 2. l. 24 D. dep. 16, 3. l. 8 §. 1. l. 11 §. 1. l. 40 §. 1, 3. l. 41 pr. l. 77, 78 pr. l. 80 §. 2 D. de contr. emt. 18, 1. l. 11 §. 1 D. de a. emti vend. 19, 1. l. 7 §. 2 D. de j. d. 23, 3. l. 41 pr. D. de v. o. 45, 1. l. 125, 240. D. de v. s. 50, 16. l. 34 D. de r. v. j. 50, 17. — Das Resultat der Analyse eines objectiven Rechtsgeschäftsthatbestandes führen die römischen Juristen gewöhnlich ein mit einem videtur, intellegitur u. dgl. (d. h. es erscheint objectiv, es wird objectiv angesehen als ob u. s. w.). Vgl. z. B. l. 24, 25 §. 7. l. 62, 86 i. f., l. 87 pr. l. 88. D. de acq. her. 29, 2 §. 7. J. de her. qual. 2, 19. l. 23 §. 1. l. 32 pr. D. de inoff. test. 5, 2. l. 4, 14 §. 8 D. de rel. 11, 7. l. 19 C. de jure del. 6. 30. l. 4 §. 2. l. 23 de vulg. subst. 28, 6. l. 7 C. de rem. pign. 8, 26. l. 11. l. 12 pr. D. q. m. p. s. 20, 6. l. 48 D. de act. emti vend. 19, 1. l. 3 §. 2 qui pot. 20, 4. l. 40 §. 1. l. 77 D. de contr. emt. 18, 1. l. 6 D. de sol. 46, 3. l. 16 C. loc. 4, 65. l. 29 pr. D. de don. 39, 5. —

[11]) Vgl. l. 7 §. 2 D. de supell. leg. 33, 10: „Non ex opinionibus singulorum sed ex communi usu nomina exaudiri debere." l. 4 pr. D. de leg. I.: „Quod si quis, cum vellet vestem legare suppellectilem adscripsit, dum putat suppellectilis appellatione vestem contineri, Pomponius scripsit vestem non deberi, quemadmodum si quis putet auri appellatione electrum vel aurichalcum contineri, vel, quod est stultius, vestis appellatione etiam argentum contineri. rerum enim vocabula immutabilia sunt." l. 110 §. 1 D. de v. o. 45, 1. „Si stipulatus fuero de te: vestem tuam, quaecumque muliebris est, dare spondes? magis ad mentem stipulantis, quam ad mentem promittentis id referri debet, ut quid in re sit, aestimari debeat, non quid senserit promissor; itaque si solitus fuerat promissor muliebri quadam veste uti, nihilominus debetur." Wenn Pomponius, von welchem die soeben angeführte Stelle herrührt, in l. 33 D. de auro leg. 34, 2 sagt: „itaque ante omnia dicendum est, eam (sc. vestem) legatam esse, de qua senserit testator, non quae revera aut muliebris aut virilis sit; nam et Quintus Titius ait,

Ausgelegt kann nur Etwas werden, was irgendwo „darin liegt", und soweit der objective Thatbestand (in der vorhin erörterten Ausdehnung) selbst die Fragen beantwortet, welche hinsichtlich des Inhalts des Rechtsgeschäfts nothwendig werden, soweit reicht das Gebiet der Auslegung in diesem Sinn, und zwar selbst dann, wenn jene Antwort zunächst weder eine deutliche noch eine unzweideutige sein sollte; denn objectiv muß sich (wenigstens in der Theorie) mit Herbeiziehung aller Umstände ein reines Ergebniß über den Inhalt des Erklärten gewinnen lassen. Und zwar muß dieses Ergebniß entweder zu Gunsten einer von mehreren Bedeutungen der an sich zweideutigen oder undeutlichen Handlung entscheiden, oder das Dasein eines unlöslichen Widerspruchs (Antinomie) bezw. einer vollkommenen Unverständlichkeit feststellen, in welch' letzterem Falle dann entweder noch gesetzliche Regeln (Auslegungsregeln, Präsumtionen) zu Hilfe kommen können, oder eben nihil actum ist [12]).

scire se, quendam senatorem muliebribus coenatoriis uti solitum, qui si legaret muliebrem vestem („die" Frauenkleider), non videretur (vgl. Note 10) de ea sensisse, qua ipse quasi virili utebatur", so ist damit durchaus kein Beweis für die Ansicht Schloßmann's geliefert, daß von den obligatorischen Verträgen andre Thatbestände (darunter das Legat) zu unterscheiden seien, welche vom Parteiwillen regiert würden (Vertrag S. 122, 123). Vielmehr ist in l. 33 cit. nur eine sehr begründete Entscheidung für einen einzelnen Fall gegeben, und ein Blick auf l. 25 §. 1 D. de leg. III. l. 7 §. 2 in in. l. 8, 10 D. de supp. leg. 33, 10. l. 27 §. 1 i. f. D. de auro 34, 2 zeigt, daß die von römischen Juristen mehrfach aufgestellte und für das Legat auch ganz gerechtfertigte Interpretationsregel, die individuellen Verhältnisse (weniger den individuellen Sprachgebrauch) des Legirenden besonders zu beachten (l. 50 §. 3 D. de leg. I. l. 18 §. 3 D. de auro 33, 7 „non propriam verborum significationem scrutari, sed inprimis quid testator demonstrare voluerit"), nichts andres ist, als eben eine Interpretationsregel, und daß das Object der Interpretation deßwegen immer noch nicht die interne Willensaktion des Legirenden, sondern der im objectiven Thatbestand des Geschäftes legatum zur Erscheinung gekommene Wille ist. — Vgl. noch Windscheid §. 84 a. E. „Jeder Contrahent hat ein Recht auf die Erklärung des andern Contrahenten in demjenigen Sinn, in welchem er sie auffassen mußte", ebenso Jhering, Jahrb. für Dogmatik IV S. 72 in der Note. Ferner Gl. verbis zu l. 95 D. de acq. her. 29, 2: „verbis solis, cum quibus praesumo talem voluntatem, qualem verba declarant."

[12]) Vgl. l. 73 §. 3 D. de r. j. 50, 17: „Quae in testamentis ita sunt scripta, ut intellegi non possint, perinde sunt, ac si scripta non essent."

Es gibt aber auch noch eine andre Funktion der Auslegung, nämlich wenn sich bei der Untersuchung des objectiven Thatbestands in dem dispositiven Theil des Rechtsgeschäfts Lücken finden, diese letzteren „nach dem vermuthlichen Willen der Contrahenten", wie man gewöhnlich sagt, auszufüllen. In diesen Fällen ist es wahrscheinlich, ja gewiß, daß der Handelnde an das Vorhandensein einer Lücke und an deren Ausfüllung gar nicht gedacht, daher auch eine diesbezügliche Willensbestimmung gar nicht gehabt hat, indem er sonst gewiß nicht gesäumt hätte, derselben rechtsgeschäftliche Objectivität zu geben, welche hier vorausgesetztermaßen gerade fehlt. Daher handelt es sich hier gar nicht mehr um die Feststellung des Inhalts einer Erklärung, sondern, wenn man so will, um die Fiction einer Erklärung; die Auslegung wird hier vielmehr „Hineinlegung". Diese Fiction dient lediglich als Mittel juristischer Construction zur Begründung gewisser ungewollter Folgen des Rechtsgeschäfts, zu deren Festsetzung ex aequo et bono [13]) das Recht dem interpretirenden Richter Machtvollkommenheit verleiht, und welche sich von den auf Grund dispositiver Rechtssätze (naturalia negotii) eintretenden Folgen der Rechtsgeschäfte nur dadurch unterscheiden, daß bei diesen das Recht seinen Willen unmittelbar ergänzend an die Stelle des fehlenden Parteiwillens setzt, während bei jenen der Wille des Richters den Parteiwillen mit rechtlicher Wirkung ergänzt. Es ist hier namentlich an die Fälle zu denken, wo es nicht sowohl an der Deutlichkeit oder Unzweideutigkeit, sondern an der Bestimmtheit der Willenserklärung fehlt; oder wo durch das Rechtsgeschäft zwar für die eine oder andre möglicher Weise eintretende Gestaltung der Verhältnisse Bestimmungen getroffen sind, nicht aber für diejenige, welche nun gerade eingetroffen ist; oder wo eine Disposition nicht gemacht wurde, welche für die praktische Wirksamkeit der wirklich getroffenen Be-

[13]) Vgl. l. 2 §. 3 D. de obl. et act. 44, 7: „Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et acquo praestare oportet" — non de eo solo quod dictum est, bemerkt die Glosse dazu.

stimmungen unumgänglich ist. Ueberall hier handelt es sich nicht darum, den objectiven Thatbestand zu erklären, oder etwas in ihm Liegendes auszulegen, sondern darum, denselben in Beziehung auf die mangelnde Bestimmtheit, oder den eingetretenen Fall, oder die mangelnde Disposition zu ergänzen; es handelt sich in Wahrheit darum, an den vorhandenen lückenhaften Thatbestand solche rechtliche Folgen anzuknüpfen, wie wenn er kein lückenhafter wäre. Wenn dabei auch grundsätzlich von dem Bestreben ausgegangen wird, gerade diejenige rechtliche Folge eintreten zu lassen, deren Eintritt die Partei selbst veranlaßt haben würde, wenn ihr die vorhandene Lücke zum Bewußtsein gekommen wäre, so ist es in Wirklichkeit nicht der Wille der Partei, sondern der Wille des von der Rechtsordnung hiezu bevollmächtigten Richters, welcher das Rechtsgeschäft beeinflußt. Wie weit übrigens die Lückenhaftigkeit des objectiven Thatbestandes gehen darf, um nicht das ganze Geschäft hinfällig zu machen, ist eine hier nicht zu beantwortende Frage [14]).

Dagegen ist noch die Frage aufzuwerfen (wenn sie auch hier nur andeutungsweise beantwortet werden kann), was zur vollständigen Verwirklichung des objectiven Thatbestandes gehöre? Wenn es richtig ist, daß der objective Thatbestand in der Vornahme einer Willenserklärung besteht, so kann diese Frage auch so ausgedrückt werden: wann ist die Willenserklärung verwirklicht? Aus dem Begriff der Willenserklärung ergibt sich die Antwort: dann, wenn die sinnliche Einwirkung auf die Außenwelt, in welcher die Willenserklärung besteht, in der Weise vorgenommen ist, daß Andre, und bei Verträgen insbesondere der-

---

[14]) Beispiele für diese Art der Interpretation gewähren l. 12 D. de leg. III. l. 30 D. de leg. II. l. 52, §. 2 D. de jud. 5, 1. l. 13 pr. D. de lib. 28, 2. l. 15 §. 1 D. de usu et usfr. 33, 2. §. 1 J. de her. inst. 2, 14. l. 41 pr. D. de v. o. 45, 1. l. 12, 5 D. de v. s. 50, 16. Die Grenze einerseits zwischen der echten Auslegung und der im Text genannten Ergänzung des Rechtsgeschäftsthatbestands, sowie andrerseits zwischen dieser Ergänzung und den naturalia negotii (welche größtentheils in solcher, nur usuell gewordener ergänzender Interpretation bestehen) ist im einzelnen Fall vielleicht schwer zu ziehen, die Scheidung selbst aber kann wohl nicht bezweifelt werden.

jenige, an welchen die Willenserklärung von Rechtswegen gerichtet sein muß, bei normalen Verhältnissen Gelegenheit haben, daraus den Schluß auf das Vorhandensein der rechtlich relevanten Willensbestimmung zu ziehen. Diese Gelegenheit ist gegeben, sobald die sinnliche Thatsache auf dem gewöhnlichen dazu bestimmten Wege in ein für Andere bei normaler Organisation sinnlich wahrnehmbares Verhältniß gekommen ist; also bei Willenserklärungen durch Rede dann, wenn die betreffenden Worte zu dem Andern in ein solches Verhältniß gebracht sind, daß sie ihm vernehmbar, bei Willenserklärungen durch Schrift dann, wenn diese ihm lesbar geworden ist. Nicht erforderlich ist insbesondere bei zweiseitigen Rechtsgeschäften, daß derjenige, an welchen die Willenserklärung gerichtet ist, jenen Schluß wirklich gezogen, m. a. W. sich den Inhalt der Offerte, oder des Accepts zum Bewußtsein gebracht habe. Ein Tauber also, der auf einen an ihn gerichteten Vertragsantrag, ohne seinen Inhalt verstanden zu haben, zusagt, ist ohne Weiteres aus dem Rechtsgeschäft verhaftet. Ebenso würde ein Kaufmann, dem etwa ein Fabrikant brieflich sein Fabrikat offerirt, der aber den Brief zwar erhalten, aber nicht gelesen hat, und nun, in der irgendwie verursachten Meinung, von dem Fabrikanten einen Antrag erhalten zu haben, an diesen schreibt: Ihre Offerte nehme ich an, aus dem mit der Ankunft des Briefes bei dem Fabrikanten vollendeten Vertrag verpflichtet [15. 16]).

---

[15]) Die Stellen des römischen Rechts, welche bestimmen, daß ein Tauber nicht stipuliren könne (l. 1 §. 15 D. de obl. et act. 44, 7. l. 1 pr. D. de v. o. 45, 1) müssen entweder als Spezialität der Stipulationslehre (§. 7 J. 3, 19 „quod et in surdo receptum est", l. 1 §. 15 cit. „sed et de surdo idem dicitur") des Inhalts betrachtet werden, daß Taube bezüglich der Stipulation handlungsunfähig sind, wofür dann nur unrichtiger Weise als Grund angeführt wäre: „quia — sive promittit, verba stipulantis exaudire debet (was regelmäßig die physisch nothwendige Voraussetzung zu einer in continenti erfolgenden correspondirenden Antwort ist, ebenso wie Anwesenheit), sive stipuletur, debet exaudire verba promittentis." Oder aber müßten diese Stellen m. E. mit Nothwendigkeit zu dem unerträglichen Resultat führen, Bewußtsein sowohl dessen, welchem ein Antrag gemacht wurde, von diesem Antrag, als auch Bewußtsein des Offerenten vom erfolgten Accept zu erfordern, und es wäre dann nicht consequent, wenn sich Windscheid

Zum Schluß der Erörterungen über den objectiven Rechtsgeschäftsthatbestand ist noch ausdrücklich zu betonen, daß oberstes Gesetz bei der Beurtheilung aller hierauf bezüglichen Fragen die bona fides bilden muß, d. h. der Satz des heutigen römischen Rechts, daß diejenigen Grundsätze von Treu und Glauben gewahrt werden sollen, welche so zu sagen ein abstracter Verkehrsmensch an diesem Ort und zu dieser Zeit beobachten würde; und daß durch die Zulassung einer exceptio doli in Fällen, wo gegen diese Grundsätze gefehlt ist, die oben entwickelten Principien mit den Anforderungen des Rechtsgefühls in vollkommenen Einklang gebracht werden können, ohne daß darum weder der Boden der Logik noch der Boden des positiven Rechts verlassen werden müßte. — Daß ein Thatbestand trotz seiner Gültigkeit und Wirksamkeit als Rechtsgeschäft aus andern selbständigen Gründen der Wirkung entbehren, oder daß die Wirkung wieder aufgehoben werden kann, versteht sich von selbst.

---

§. 306 Note 3 a. E. damit begnügt, daß bei brieflichem Vertragsschluß das Accept nur in die Hände des Antragstellers gelangt sei, nicht in sein Bewußtsein gekommen zu sein brauche. — Eine besondere, die Wirkungen, nicht das Zustandekommen der Offerte bezw. des Accepts betreffende Frage ist es, in wie weit die eine oder das andere schon allein rechtliche Wirkungen erzeugt.

[16]) Zu erwähnen ist noch, daß ein Rechtsgeschäft auch abgeschlossen werden kann mit Umgehung des regelmäßig ersten Stadiums desselben, der Vornahme einer Willenserklärung, nämlich so, daß dasjenige, was sich als Folge einer solchen Willenserklärung ergeben hätte, ohne vorgängige Willenserklärung gethan wird. Man könnte dies als aktuellen Rechtsgeschäftsabschluß bezeichnen (l. 5 D. r. rem. 46, 8 „non tantum verbis ratum haberi posse, sed etiam actu"). Die herrschende Lehre zählt diesen Fall zu ihren „stillschweigenden Willenserklärungen". — Beispiele sind die tacita fori prorogatio, die pro herede gestio, das Aufschneiden eines vom Buchhändler zur Ansicht geschickten Buches u. s. w.

V. Der subjective Thatbestand und die Zurechnung des objectiven Thatbestandes.

Dem objectiven Thatbestand steht naturgemäß ein subjectiver gegenüber. Um den Begriff des letzteren zu gewinnen, ist es nöthig, auf die Erörterungen zurückzugreifen, welche oben dem Begriff der Handlung gewidmet worden sind.

Handlung ist definirt worden als ein auf bewußten Willen als Ursache zurückzuführendes Geschehenes. Das Geschehene, der objective Thatbestand, war bisher Gegenstand der Betrachtung; der Wille, als subjectiver Thatbestand, und das Bindeglied zwischen objectivem und subjectivem Thatbestand, nämlich das Urtheil, daß der erstere durch letzteren ursächlich bedingt sei, m. a. Worten die Frage nach der Zurechenbarkeit [1]) des objectiven Thatbestandes sind es, welche hier noch in's Auge gefaßt werden müssen.

Dabei wird als von einem nicht weiter zu beweisenden Axiom davon ausgegangen, daß die in abstracto an den objectiven Rechtsgeschäftsthatbestand angeknüpften rechtlichen Folgen nur dann eintreten, d. h. daß dieser Thatbestand nur dann ein Rechtsgeschäft sei, wenn seine concrete Verwirklichung Handlung ist, dem thätigen Subject zugerechnet werden kann [2]).

Schon oben wurde bemerkt, daß im Grunde genommen das Subject nur in den willkührlich hervorgebrachten Veränderungen an seiner körperlichen Erscheinung absolut causal sei, daß

---

[1]) Binding, Normen II S. 45: „Das Zurechnungsurtheil besagt, daß und wie weit eine Veränderung auf dem Gebiete der Rechtswelt sich als Selbstverwirklichung eines rechtlich relevanten Willens darstelle."

[2]) Binding a. a. O. S. 41 fg.: „Soweit das Handlungsgebiet sich ausdehnt, ist der Begriff der Zurechnung unentbehrlich, zur Beurtheilung, ob ein Rechtsgeschäft vorliege, nicht minder als zum Spruche, daß ein Verbrechen begangen sei." — Die Civilrechtstheorie kennt bei Rechtsgeschäften noch kaum das Wort „Zurechnung", viel weniger eine Zurechnungslehre. Vergl. die oben §. 1 citirte Bemerkung von Bähr („wer in einer ihm zurechenbaren Weise die äußere Erscheinung seines Willens hervorruft" u. s. w.); auch Hölder, krit. V.-J.-Schrift XIV S. 562 spricht von einem Zurechnen der Handlung.

aber in den weiteren Veränderungen, welche durch jene veranlaßt werden, noch andere wirkende Faktoren — die ausgelösten Kräfte der Außenwelt — mit in's Spiel kommen. Es liegt nun auf der Hand, daß der Wille des Subjects um so mehr die ausschließliche Ursache des Geschehenen sein muß, je weniger Mittelglieder zwischen beiden liegen, je unmittelbarer der Erfolg aus dem Willen entspringt; und bei dem denkbar einfachsten Fall, wenn der hervorgebrachte Thatbestand nur in Muskelbewegung und der unmittelbar dadurch bewirkten Veränderung in der Außenwelt besteht (bei den Bewegungen des Gehens, Schlagens, Sprechens u. s. w.), kann nicht der Gegensatz zwischen höher und niedriger gearteter Causalität des Willens d. h. zwischen Handlung und That in Frage kommen, sondern es bleibt nur die Wahl zwischen Handlung und Nichtcausalität, d. h. zwischen bewußter Willensbethätigung und unwillkührlicher Bewegung.

Je größer die Zahl der Mittelglieder wird, welche den Erfolg herbeizuführen geholfen haben, desto näher liegt die Möglichkeit, daß das Geschehene — um im Anschluß an Binding [3]) zu reden — mehr ist als verwirklichter Wille, obwohl es hervorgerufen wurde durch Willensbethätigung. Die ausgelösten Kräfte der Außenwelt, seien sie Naturkräfte oder Kräfte andrer menschlicher Subjecte, können andre Bahnen einschlagen, als das thätige Subject beabsichtigt hat und voraussehen konnte, und soweit dies geschieht, ist ebenso wie in dem vorerwähnten Falle unwillkührlicher Bewegung, die „Wirkung einer fremden, zum Eingriff unberufenen, deßhalb in ihrer Activität unerwarteten Macht“ [4]) vorhanden, und das Geschehene erscheint als Zufall.

In die Kategorie des durch unwillkührliche Bewegungen erzeugten Geschehenen gehören die durch Versprechen, Verschreiben u. s. w. hervorgebrachten objectiven Rechtsgeschäftsthatbestände. Brinz [5]) hat diese Fälle unter dem Begriff des

---

[3]) Vgl. oben §. 2 Note 2.
[4]) Binding a. a. O. S. 38.
[5]) Lehrbuch §§. 315, 316. An Brinz schließt sich an Hölder an dem mehrfach citirten Orte (krit. V.-J.-Schrift XIV S. 561 ff.).

error in corpore zusammengefaßt; „was besinnungs- oder bewußtlos gethan wird, ist strenge genommen stets nicht gethan, weil wenigstens im Momente des Thuns nicht gewollt; die Kraft von welcher hier die Zunge, die Feder, die Hand, man kann sagen mechanisch geführt wird, kann nicht mehr Wille genannt werden“ [6]). Um so mehr gehört dahin alles, was in Folge einer sog. vis absoluta geschieht. Wem zur Unterschrift die Hand geführt wird, der ist gar nicht thätig, sondern er ist gleich willenlosem Stoff Werkzeug der Aktion eines Andern [7]).

Als Beispiel der zweiten Klasse von nicht zuzurechnendem Geschehenen ist namentlich der bekannte Fall anzuführen, daß der Telegraph, die Post, der Bote anders funktioniren als in Rechnung genommen war [8]).

Noch erhebt sich die wichtige Frage, ob nicht der subjective Thatbestand aufgehoben wird und also das Geschehene dem thätigen Subject dann nicht zugerechnet werden kann, wenn dieses eine unrichtige Vorstellung über den Inhalt seines Thuns hatte, insbesondere über die Eigenschaft desselben, Willenserklärung oder gerade diese Willenserklärung zu sein. Es ist hiebei daran zu denken, daß Jemand (etwa ein Franzose in Deutschland) meint,

---

[6]) Brinz S. 1393.

[7]) Vgl. Hölder a. a. O. S. 564 fg. „Der die Unabhängigkeit des Willens aufhebenden vis absoluta correspondirt derjenige error, welcher als Negation der Macht des Willens über den Körper sich darstellt; ist Handlung Willensäußerung, so cessirt der Begriff der Handlung dort, weil ein ihm widersprechender Causalzusammenhang zwischen dem Thun und einer äußeren Gewalt vorliegt; hier weil der ihm wesentliche Causalzusammenhang zwischen That und Wille aufgehoben ist.“ Nur ist es m. E. nicht richtig, wenn Hölder S. 565 behauptet, es sei wesentlich, daß die Bewegung ursprünglich von einem bewußten Entschlusse ausging und sich nur im Verlauf der Herrschaft des Willens entzogen habe. Undenkbar ist es nicht, daß Jemand, der gar keinen objectiven Rechtsgeschäftsthatbestand darstellen will, durch unwillkührliche Bewegung (z. B. in absoluter Betrunkenheit) einen solchen hervorbringt.

[8]) Dieser Fall ist völlig parallel mit dem von Binding a. a. O. S. 44 als Beispiel einer That genannten: dem Mörder, der auf sein Opfer zielt, springt die Pistole und in Folge davon wird ein Daneben-stehender getödtet. — In Consequenz einer zu weiten Fassung des Begriffes Handlung („nur der Causalzusammenhang zwischen Willen und Thun bedingt den Begriff der Handlung“) ist a. M. Hölder a. a. O. S. 573.

das Wort „kaufen“ sei fähig, den objectiven Thatbestand des Rechtsgeschäfts Miethe zu bilden. Oder daß Jemand zwar zur Bezeichnung der rechtlichen Natur des Geschäfts den objectiv richtigen, d. h. mit seiner Vorstellung adäquaten Ausdruck gebraucht, dagegen „in Beziehung auf den concreten individuellen Thatbestand des einzelnen Geschäfts“ [9]) der von ihm vorgenommenen Handlung einen andern Gehalt zuschreibt, als den sie objectiv hat; so wenn er meint, »auri appellatione electrum vel aurichalcum contineri vel quod est stultius vestis appellatione etiam argentum contineri« [10]), oder wenn er meint, das Wort »argentum« bezeichne »aurum« (ein naheliegendes Nichtschulbeispiel bietet der bekannte Fall, daß Jemand in Hamburg nach Mark oder in Bremen nach Thalern contrahirt, indem er Mark dänisch oder Thaler Silber sich vorstellt, während seine Handlung objectiv Mark hamburgisch bezw. Thaler Gold darstellt). Oder wenn Jemand eine bejahende Willenserklärung abgibt, indem er eine falsche Vorstellung hat von der Willenserklärung, welcher er zustimmt. So z. B. wenn A von B gefragt wird: Verkaufst Du Dein Haus? und in der Meinung gefragt zu sein: Vermiethest Du Dein Haus? seinen Consens erklärt, und ähnliche Fälle [11]). Auch daran ist namentlich zu denken, daß Jemand etwas andres unterschreibt, als er zu unterschreiben vermeinte u. s. w.

Die aufgeworfene Frage ist zu verneinen und der in Folge unrichtiger Vorstellung verwirklichte objective Rechtsgeschäftsthatbestand ist dem Subject zuzurechnen. „Glaube man ja nicht“ — sagt Binding [12]) in seiner neuesten Untersuchung über

---

[9]) Hölder a. a. O. S. 511.

[10]) L. 4 pr. D. de leg. I.

[11]) Es versteht sich von selbst, daß dann, wenn ein solches Mißverständniß zu einem objectiv mit der Offerte nicht correspondirenden Accept führt, ein Fall mangelnden objectiven Thatbestandes (§. 4) vorliegt, und daß hier nur die Fälle in Betracht kommen, in welchen ein äußerlich vollkommenes Rechtsgeschäft vorhanden ist.

[12]) Normen II S. 114. Vgl. auch das. S. 119: „Das Wollen des Unrechts ohne Bewußtsein der Rechtswidrigkeit des Gewollten (ist) bei einem Handlungsfähigen als Schuld zu betrachten.“

Handlung und Handlungsfähigkeit — „glaube man ja nicht, daß (der) Irrthum des Thätigen über den Inhalt seines Entschlusses seine Handlungsfähigkeit immer aufhebe: diese fällt nur dann weg, wenn dem Entschlossenen die Fähigkeit abging, diesen Irrthum aufzuklären und den wahren Inhalt des Willens zu demaskiren. Deßhalb liegt immer und nur insoweit Schuld vor, als von einem Handlungsfähigen etwas Verbotenes gewollt wird". Zwar beziehen sich diese Worte zunächst nur auf strafrechtlich relevante Handlungen, allein sie können, mit der einzigen Modifikation, daß alsdann selbstverständlich nicht mehr von Schuld, sondern blos noch von zuzurechnender Handlung die Rede sein kann, unmittelbare Geltung auch für das Gebiet der Rechtsgeschäfte beanspruchen. Es mag daher gestattet sein, auch noch die darauf folgenden Worte Binding's hier anzuführen: „Möglich, daß Mancher um des gemeinen Sprachgebrauchs willen diese unvorgestellten Erfolge nicht gerne als „gewollt" bezeichnet und sie lieber „zum Willen zurechenbar" nennt. Mag man das thun! Nur glaube man nicht, daß das Verhältniß des Willens zum vorgestellten Erfolge ein anderes sei, als zum unvorgestellten, und daß der Mangel jener Vorstellung die That stets als eine unbeabsichtigte erscheinen lasse". Die neuerdings aufgestellten Theorien über das Rechtsgeschäft bestreben sich denn auch, in ihrer Art die Gültigkeit der objectiven Rechtsgeschäftsthatbestände zu retten, welche in der erwähnten Weise verwirklicht worden sind. So erklärt z. B. Bähr mit Hilfe seiner Fiction [13]) in dem bekannten Fall, wo ein Theaterdirector statt an die Sängerin, welche er engagiren wollte, an deren Schwester schreibt, ebenso in dem Fall der Bestellung des „Wurzellexikons", ferner dann, wenn Jemand von zwei gleichzeitig ihm vorliegenden Offerten die des A annehmen, die des B ablehnen will, aber beim Adressiren den ablehnenden Brief an den A adressirt

[13]) Jahrb. XIV S. 417 Anm. 19: „Ueberall wo wir das Vorhandensein des Willens darauf zurückführen, „daß Jemand etwas habe kennen oder wissen müssen" ... nehmen wir zu einem eventuell fingirten Willen unsre Zuflucht."

und umgekehrt, den objectiv abgeschlossenen Contract für wirksam [14]). Auch Schloßmann [15]) erklärt mit Recht denjenigen, der eine Verkaufsofferte absendet, für verpflichtet, selbst wenn er sie in der irrigen (wenn auch vielleicht durch Verschreiben hervorgerufenen) [16]) Vorstellung absandte, als enthalte sie eine andere Preisangabe u. s. w., als dies in Wirklichkeit der Fall ist [17]).

Es liegt aber immer noch selbst bei dieser Ausdehnung der Zurechnung für den Rechtsverkehr eine Gefahr darin, wenn es möglich ist, daß ein objectiver Rechtsgeschäftsthatbestand die rechtlichen Folgen nicht nach sich zieht, welche gewöhnlich daran geknüpft sind, und auf deren Eintreten Andre auf Grund der thatsächlichen Verwirklichung des Thatbestandes rechnen durften.

In erster Linie nun wird diese Gefahr wenigstens vermindert dadurch, daß nach den Grundsätzen über den Beweis von Regel und Ausnahme derjenige, welcher einen Mangel des subjectiven Thatbestands behauptet, denselben zu beweisen hat, denn als Regel ist es zu betrachten, daß ein Geschehenes, welches äußerlich durch ein menschliches Subject veranlaßt ist, auch auf dessen bewußten Willen als Ursache zurückzuführen ist [18]).

---

[14]) Das. S. 416—420.

[15]) Vertrag S. 347.

[16]) Man bemerke, daß das Verschreiben hier nur den Anlaß zu der falschen Vorstellung bildet, in und vermöge welcher die Willenserklärung durch Absenden des Briefes, also durch neue Handlung, vollendet wird. Anders wenn die Willenserklärung mit dem Verschreiben selbst schon perfect wäre, ein Fall der sich etwa so denken ließe, daß schriftlicher Abschluß eines Geschäfts verabredet oder nothwendig wäre.

[17]) Daß die „Motive des Willens", Furcht und Betrug, welche nach der herrschenden Ansicht nicht einmal die Willensbestimmung ausschließen, noch weniger auf den Willen, welcher hier als subjectiver Thatbestand bezeichnet wird, einen Einfluß üben, braucht wohl nicht noch besonders ausgeführt zu werden.

[18]) Dies wird für die Rechtsgeschäfte auch von Binding a. a. O. S. 87 zugegeben, der bezüglich der Delicte andrer Ansicht ist. „Nur für das große Gebiet der Rechtsgeschäfte ist es schlechterdings unmöglich, den Bestand jedes Geschäftes abhängig zu machen von einer Prüfung der Handlungsfähigkeit der das Geschäft vornehmenden Personen; das Civilrecht bedarf einer praesumtio juris für die individuelle Existenz derselben von einem bestimmten Zeitpunkt individueller Reife an." Implicite

Zur Beseitigung des noch bleibenden Rests von Gefahr, so namentlich in den Fällen, wo durch ein Verkehrsmittel der ursprüngliche Inhalt des Rechtsgeschäfts verfälscht wird, läßt sich die Lehre vom sog. negativen Vertragsinteresse verwenden, deren Gebiet von dem oben entwickelten Standpunkt aus freilich ein verschwindend kleines ist, gegenüber dem breiten Boden, den sie bei der herrschenden Theorie von der Relevanz der inneren Willensbestimmung der Partei findet [19]).

---

liegt die Anerkennung dieses Satzes auch in der (freilich nur auf die Identität des im Thatbestand erscheinenden consilium mit dem der Partei sich beziehenden) Behauptung Ungers, österr. Pr. R. II §. 87 N. 3, daß die Uebereinstimmung des Willens mit der Erklärung das normale Verhältniß sei, und daß daher derjenige zu beweisen habe, welcher ihre Nichtübereinstimmung behaupte.

[19]) Nur darf m. E. zur Construktion des negativen Vertragsinteresse nicht eine culpa verwendet werden, schon deßwegen nicht, weil in den hierher gehörigen Fällen die Unmöglichkeit den objectiven Rechtsgeschäftsthatbestand zuzurechnen, vorausgesetzt ist. Die von Windscheid versuchte Construktion mit Hilfe einer „stillschweigenden" Garantieübernahme, beruht in Wahrheit auf einer Fiction (so auch Röver, Bedeutung des Willens S. 13 ff.); aber es ist damit der nach den Grundsätzen der bona fides allgemein anzuerkennende Satz ausgesprochen, der m. E. allein zu der Begründung der Theorie vom negativen Vertragsinteresse verwendet werden kann (wenigstens soweit Mangel des subjectiven Thatbestandes einen Schaden verursacht hat; bezüglich des objectiven Thatbestandes kann daneben noch der Gesichtspunkt der Verschuldung in Betracht kommen), der Satz nämlich, daß auch der nicht culpose Verursacher einer eingetretenen Vermögensbeschädigung dieselbe nach Umständen „definitiv zu tragen verpflichtet" sein könne. Vergl. hierüber Binding, Normen I S. 227 ff. besonders S. 227: „Das Problem, wer den Schaden zu tragen habe, ist von dem Grunde und der Art des Schadens — durchaus unabhängig."

VI. Die Quellen.

Die bisherige Untersuchung hat sich ausschließlich damit beschäftigt, aus den unumstößlichen Grundsätzen der menschlichen Erkenntnißtheorie und folgeweise aus dem einzig möglichen Begriff der Willenserklärung, andrerseits aber aus der als empirisch gegeben vorausgesetzten Thatsache, daß an Willenserklärungen gewisser Art Rechtsfolgen geknüpft sind, die für das Verhältniß der inneren Willensbestimmung der Partei zu dem Eintritt der Rechtsfolgen sich ergebenden Consequenzen zu ziehen. Sie ist zu dem Ergebniß gelangt, daß auf die innere Willensbestimmung der Partei bei irgend einem Rechtsgeschäft schlechterdings nichts ankommt, sondern daß die rechtlichen Folgen ausschließlich nach der aus dem verwirklichten Thatbestand in Gemäßheit der Grundsätze der bona fides objectiv zu erschließenden Willensbestimmung sich richten, soweit überhaupt jene Folgen mit dieser Willensbestimmung in einem correspondirenden (nicht: causalen) Verhältnisse stehen. Auf die Bestimmungen des positiven, insbesondre des römischen Rechtes ist dabei nur beiläufig Rücksicht genommen worden, indem zunächst nur die Consequenzen der Begriffe zu entwickeln beabsichtigt war. Diese Consequenzen haben sich nun m. E. mit solcher logischer Nothwendigkeit ergeben, daß nur ganz directe gesetzliche Bestimmungen zwingen könnten, dieselben aufzugeben und die innere Willensbestimmung der Partei als maßgebendes Prinzip anzuerkennen.

Von der herrschenden Theorie wird nun allerdings gerade das römische Recht als das gelobte Land der subjectiven Willensbestimmung gerühmt. Praktisch zwar hat dieselbe eine Reihe von Sätzen aufgestellt, welche dem Prinzip die gefährliche Spitze benehmen. Es ist zu erinnern an den schon angeführten Satz von Savigny [1]), daß die Wirksamkeit der Mentalreservation dem Bedürfnisse der Rechtsordnung nach der Zuverlässigkeit der

[1]) System III S. 258.

Zeichen, wodurch Menschen allein mit Menschen in Verkehr treten können, zuwider wäre; ferner an den gleichfalls schon genannten Ausspruch Windscheid's [2]), daß jeder Contrahent ein Recht auf die Erklärung des andern in demjenigen Sinn habe, in welchem er sie auffassen mußte; oder an den Satz Unger's [3]): „ist die Erklärung einmal abgegeben, so kann sich der Erklärende nicht mehr darauf berufen, daß sein Wille dennoch ein andrer gewesen sei: sein Wille bleibt im Umfang der gegebenen Erklärung gebunden." Genau betrachtet stehen aber alle diese Behauptungen mit dem postulirten Prinzip im Widerspruch.

Den schärfsten, übrigens folgerichtigen Ausdruck hat die herrschende Ansicht bei Voigt [4]) gefunden, welcher die von ihm aufgestellten zwei Prinzipien des römischen Rechts, nämlich das ältere des rigor und das neuere der aequitas in der Weise sich entgegensetzt, daß bei jenem das legale verbum oder dictum die nothwendige Form der juristischen Willenserklärung, somit wesentliches und rechtsverbindliches Element des Rechtsaktes sei und daher nach Werth und Stellung als juristische Repräsentation der rechtlichen Willensbestimmung bezeichnet werden könne; während nach den Prinzipien der aequitas die Willenserklärung nicht ein dictum oder verbum, sondern ein actum und die Willensbestimmung das rechtsverbindliche Element des Rechtsaktes sei, daher die Willenserklärung zum bloßen Offenbarungsmittel jenes Willens herabsinke. Wie nicht anders möglich, findet Voigt eine Beugung des Prinzipes der aequitas in Stellen wie l. 25 §. 1 D. de leg. III. und l. 7 §. 2 D. de suppell. 33, 10 [5]), und er selbst fällt über dieses Prinzip das Urtheil, daß dasselbe den Schwerpunkt des juristischen Willens in die rein interne psychische Willensaktion verlege und damit im Falle einer Disharmonie zwischen Willensbestimmung und Willenserklärung das Urtheil an jenen rein innerlichen und übersinn-

---

[2]) Pand. I §. 84 a. E.
[3]) Oesterr. Pr. R. II §. 87.
[4]) Jus naturale III bes. S. 9, 12, 49 fg., 57, 88, 98 fg.
[5]) A. a. O. S. 154, 155.

lichen Willensakt verweise, und daß dadurch eine hochgespannte Aufgabe an den mit dem Urtheil darüber betrauten Richter gestellt werde u. s. w. [6]).

Angesichts dieser Lehre über das römische Recht wird es nothwendig, zum Schluß noch einen Blick zu werfen auf die Hauptstellen desselben, durch welche sie begründet sein soll. Wenn dieser Blick nur ein kurzer sein wird, so geschieht dies einerseits mit Rücksicht darauf, daß schon Röver [7]) in einer Weise, welcher vielfach zuzustimmen ist, auf die Quellen in dieser Hinsicht eingegangen ist, andrerseits deswegen, weil, wie auch Bähr [8]) bemerkt, die Hauptkraft der beiderseitigen Gründe überhaupt nicht in der Argumentation aus den Quellen liegt.

Vorauszuschicken ist die allgemeine Bemerkung, daß die römischen Juristen eine Theorie des Rechtsgeschäfts als solchen überhaupt nicht kennen, und daß sie ebensowenig einen Begriff desselben aufgestellt haben [9]). Vielmehr zählen sie nur einzelne Thatbestände auf, an welche die Entstehung, Veränderung und Erlöschung von Rechten geknüpft ist, und unter diesen Thatbeständen finden sich solche, die wir als Willenserklärungen auffassen, mit andern, die nicht einmal Handlungen sind, unterschiedslos zusammengestellt. So führt Gajus in seinen Institutionen als Thatbestände, die zur Begründung dinglicher Rechte gestaltet sind, die mancipatio, in jure cessio, nuda traditio, occupatio, usucapio u. s. w. auf [10]); als Thatbestände, welche zur Universalsuccession führen »si cui heredes facti sumus, sive cujus bonorum possessionem petierimus [11]), sive cujus bona emerimus« u. s. w.; ferner: »omnis obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex delicto, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris« [12]). Die obligatio ex

---

[6]) S. 375.
[7]) Ueber die Bedeutung des Willens u. s. w. bes. S. 24 ff.
[8]) Jahrb. XIV S. 399 Anm. 6.
[9]) So auch Pernice, Labeo S. 403.
[10]) Gaj. inst. II §. 19—97.
[11]) Daf. §. 98.
[12]) Daf. III §. 88. l. 1 pr. D. de obl. et act. 44, 7.

contractu ferner aut re contrahitur, aut verbis, aut consensu [13]). Es ist nun vollkommen außer Zweifel, daß, wenn unter diesen Thatbeständen auch der nudus consensus, die nuda voluntas und ähnliches aufgeführt werden, damit keineswegs ein unausgedrücktes Wollen, sondern nur eine von der Form entbundene Willenserklärung gemeint ist [14]). Ebenso gewiß ist ferner, daß auch die zahlreichen Stellen, in welchen der »voluntas«, dem »actum« u. s. w. ein Vorrang vor dem dictum eingeräumt wird, damit nur der Gegensatz des neueren Rechts zu der alten verborum interpretatio hervorgehoben werden soll, nach welcher bekanntlich der Inhalt des Rechtsgeschäftsaktes nur aus diesem selbst entnommen und weder durch Vorhergehendes noch durch Gleichzeitiges erklärt oder modificirt werden darf, während im späteren Recht ein Zurück- beziehungsweise Hinausgehen über die „Schlußredaction des Willens“ auf die Vergangenheit bezw. Gleichzeitigkeit behufs einer Correctur des Rechtsaktes nach den Intentionen der Parteien zulässig und geboten ist, so daß es sich auch hier nicht um den Gegensatz zwischen erklärtem und innerem Willen, sondern um einen solchen zwischen Erklärung und Erklärung handelt [15]). Endlich kann nicht beanstandet werden, daß in zahlreichen, ja den meisten Stellen die Worte velle, nolle, consentire und ähnliche, auch wenn sie nicht im Gegensatz zu der verborum proprietas stehen, doch stets eine Willenserklärung bezeichnen [16]).

---

[13]) Gaj. inst. III §. 89. Man bemerke den ablativus instrumenti.

[14]) L. 2 §. 1 D. de obl. et act. 44, 7: „neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotia gerunt consentire.“ Nudus consensus: l. 52 §. 9 D. eod. 44, 7. Nuda voluntas: §. ult. J. de her. qual. 2, 19. (Gaj. II §. 167.) Animus solus: l. 21 §. 1 D. de acq. her. 29, 2.

[15]) Brinz S. 1552 f. oben §. 4 zu N. 9. Jhering, Geist d. r. R. II §. 44 (2. Aufl. S. 432—434). Röver a. a. O. S. 28 ff. Vgl. z. B. l. 41 pr. l. 48 D. de v. o. 45, 1. l. 125, 219, 240 D. de v. s. 50, 16. l. 11 §. 1 D. de a. emti vend. 19, 1. l. 9 C. quae res p. 8, 17. l. 6 §. 1. l. 77 D. de contr. emt. 18, 1. l. 101 pr. D. de cond. 35, 1. l. 3 §. 9 D. de ad. leg. 34, 4 u. s. w.

[16]) Brisson. (cit. bei Röver S. 32) s. v. velle: „Velle apud jurisconsultos est expressis et disertis verbis testari et profiteri se

Es gibt nun aber eine Reihe von Aussprüchen römischer Juristen, aus welchen die Nothwendigkeit hervorzugehen scheint, dennoch die innere Willensbestimmung der Partei als das Bestimmende anzusehen; und diese Stellen sind es, auf welche hier noch einzugehen ist.

Zu ihnen gehören hauptsächlich:

1. l. 55 D. de obl. et act. 44, 7. Javolenus: In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium: nam ...nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id quod inchoatur, non potest.

2. l. 57 eod. Pomponius: In omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat puta qui emit aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet quod acti sit. et idem in societate quoque coëunda respondendum est, ut, si dissentiant aliud alio existimante, nihil valet ea societas, quae in consensu consistit.

3. l. 52 D. loc. 19, 2 Pomponius: Si decem tibi locem fundum, tu autem existimes quinque te conducere, nihil agitur: sed et si ego minoris me locare sensero, tu pluris te conducere, utique non pluris erit conductio, quam quanti ego putavi.

4. l. 9 pr. D. de contr. emt. 18, 1. Ulpianus: In venditionibus et emptionibus consensum debere intercedere palam est: ceterum sive in ipsa emptione dissentient sive in pretio sive in quo alio, emptio imperfecta est. si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in cor-

velle, ut ex diverso nolle est vetare et contradicere et ita declarare"; ebenso Dirksen, Manuale (cit. daselbst S. 41) „consensus est conspirantis voluntatis declaratio". Vgl. z. B. außer den in Note 13 cit. Stellen: l. 47 pr. D. de leg. I. l. 52 §. 1 D. de jud. 5, 1. l. 5 D. de transact. 2, 15. l. 4, 88, 97 D. de acq. her. 29, 2. l. 2 pr. D. de obl. et act. 44, 7. l. 21 §. 5 D. quod m. c. 4, 2. l. 22 D. de r. n. 23, 2. l. 1 §. 3 D. de pact. 2, 14. l. 4 D. de obl. et act. 44, 7.

pore dissensimus, emptio nulla est. idem est, si ego me Stichum, tu Pamphilum absentem vendere putasti: nam cum in corpore dissentiatur, apparet nullam esse emptionem. §. 2. Inde quaeritur, si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit, ut puta si acetum pro vino veneat, aes pro auro vel plumbum pro argento vel quid aliud simile, an emptio et venditio sit. Marcellus scripsit ... emptionem esse et venditionem, quia in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum. ego in vino quidem consentio ... si modo vinum acuit: ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma, aliud pro alio venisse videtur. in ceteris autem nullam esse venditionem puto quotiens in materia erratur.

5. l. 83 §. 1 D. de v. o. 45,1 Paulus: Si Stichum stipulatus de alio sentiam, tu de alio, nihil actum erit ... nam stipulatio ex utriusque consensu valet.

6. l. 137. §. 1 eod. Venulejus: Si hominem stipulatus sim et ego de alio sensero, tu de alio, nihil acti erit: nam stipulatio ex utriusque consensu perficitur.

7. l. 15 D. de jurisd. 2,1. Ulpianus: Si per errorem alius pro alio praetor fuerit aditus, nihil valebit quod actum est. nec enim ferendus est qui dicat consensisse eos in praesidem, cum, ut Julianus scribit, non consentient qui errent: quid enim tam contrarium consensui est quam error, qui imperitiam detegit?

8. l. 2 pr. D. de jud. 5,1. Ulpianus: Consensisse autem videntur, qui sciant se non esse subjectos jurisdictioni ejus et in eum consentiant. ceterum si putent ejus jurisdictionem esse, non erit ejus jurisdictio: error enim litigatorum ... non habet consensum. aut si putaverunt alium esse praetorem pro alio, aeque error non dedit jurisdictionem.

9. l. 19 D. de aqua et aqu. pl. arc. 39,3. Pomponius: Labeo ait, si patiente vicino opus faciam, ex quo ei aqua pluvia noceat, non teneri me actione aquae

pluviae arcendae. (l. 20.) sed hoc ita, si non per errorem aut imperitiam deceptus fuerit: nulla enim voluntas errantis est.

10. l. 8 pr. D. de acceptil. 46,4. Ulpianus: An inutilis acceptilatio utile habeat pactum, quaeritur: et nisi in hoc quoque contra sensum est, habet pactum. Dicet aliquis: potest ergo non esse consensus? cur non possit? Fingamus, eum, qui accepto ferebat, scientem prudentemque, nullius esse momenti acceptilationem, sic accepto tulisse, quis dubitat non esse pactum, cum consensum paciscendi non habuerit?

Endlich:

11. l. 3 D. de reb. dub. 34,5. Paulus: In ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id dumtaxat quod volumus: itaque qui aliud dicit quam vult, neque id dicit quod vox significat, quia non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur.

Was nun zunächst die sechs erstgenannten Stellen betrifft, so ist ihnen gegenüber durchaus keine Nothwendigkeit vorhanden, einen nicht objectiv gewordenen Willen als mit den Ausdrücken consentire, sentire, putare u. s. w. bezeichnet, anzunehmen. In l. 55 D. de obl. et act. cit. ist dies von selbst klar. Die l. 57 eod. u. l. 52 D. loc. geben ein ganz befriedigendes Resultat, wenn man ihnen etwa folgenden Fall unterstellt. A proponirt dem B, ihm eine Sache um 10 zu vermiethen, B macht den Gegenvorschlag, er wolle um 5 miethen; sie streiten hin und her, B meint zuletzt irrthümlich, A gehe auf seinen Vorschlag ein und schließt mit A unter Bezugnahme auf die Vorverhandlungen ab. Daß hier ein Fall mangelnden objectiven Thatbestandes vorliegen würde, ist klar; denn die correspondirenden Willenserklärungen, welche beim Abschluß abgegeben werden, schöpfen ihren Inhalt aus Vorausgegangenem; dieses Vorausgegangene ist aber kein consensus geworden, sondern ein dissensus geblieben, daher auch kein consensus daraus werden kann, wenn dieser verschiedene Inhalt in die äußer-

lich übereinstimmenden Willenserklärungen aufgenommen wird. Man könnte nun zwar sagen, daß über fünf in jedem Fall der objective Vertragsthatbestand vorliege; die l. 52 cit. macht aber hier den Unterschied, daß sie diesem Thatbestand Rechtswirkung beilegt, wenn der Vermiether eventuell mit dem Minderen zufrieden war, nicht aber dann, wenn er das Mehr verlangte; der ökonomische Grund dieser Bestimmung ist leicht begreiflich. Ebenso kann und muß l. 9 pr. D. de contr. emt. von einem objectiven dissensus, in Folge dessen »emtio«, d. h. der objective Thatbestand »imperfecta est«, verstanden werden [17]), und daß dasselbe bei l. 83 §. 1 und l. 137 §. 1 D. de v. o. der Fall ist, ergibt sich aus einer Vergleichung mit l. 94 eod., wo die Worte »igitur si de aliquo tritico cogitaverit ... id habebitur pro expresso«, wie auch die Glosse bemerkt, nur so verstanden werden können, daß das cogitare sich auf Vorverhandeltes, also objectiv Gewordenes, bezieht, und mit l. 21 §. 1 D. qui test. fac. 28,1. »ut puta Stichum legaverat, cum plures haberet, nec declaravit de quo sentiret«.

Der angeführte §. 2 der l. 9 und mit ihm die Reihe von anderen Stellen, welche von dem sog. error in substantia handeln [18]), wird von der herrschenden Meinung bekanntlich dahin verstanden, als wolle er den Bestand des Kaufes abhängig machen von der objectiven Richtigkeit der innerlichen, wenn auch im Geschäft nicht zu Tage gekommenen Vorstellung der Partei über gewisse wesentliche Eigenschaften des Vertragsobjectes. Danach wäre der Kauf nichtig, wenn A von B ein Gefäß kauft in dem Glauben, dieses Gefäß sei von Gold, während es von

[17]) So auch Schloßmann, Vertrag S. 115. Auch Röver S. 42 N. 26 gibt diese Auffassung als möglich zu. Man bemerke in dem pr. cit. das apparet, das Selbstverständliche, und in dem folgenden §. 1 die Worte „verum de corpore constet", welche dem Zusammenhange nach dasselbe ausdrücken, was im pr. mit consensus bezw. mit dem Gegensatz zu dem „in corpore dissentire" gesagt war, und welche ganz unzweifelhaft von objectivem Willen zu verstehen sind.

[18]) L. 10—14. l. 41 §. 1. l. 45 D. de contr. emt. 18. 1. l. 21 §. 2 de a. emti vend. 19, 1.

Messing ist, und es würde vollkommen genügen, wenn A seinen Irrthum irgendwie — vielleicht durch eine Aeußerung, die er gegen einen Dritten gethan, oder durch Eid — beweisen könnte. In dem §. cit. liegt aber so wenig wie in jenen weiteren Stellen irgend ein Anlaß zu einer so exorbitanten Annahme; vielmehr läßt die ganze Ausdrucksweise darauf schließen, daß der Käufer nicht dieses Gefäß, sondern dieses goldene Gefäß, nicht dieses Faß, sondern dieses Faß Wein, nicht diesen Tisch, sondern diesen Tisch von Citrusholz zu kaufen erklärt hat[19]). In all' diesen Fällen liegt der objective Thatbestand bezüglich des Vertragsobjectes vor, nicht aber hinsichtlich der Eigenschaften, über welche die Parteien zugleich contrahirt haben, sofern nämlich eben diese Eigenschaften fehlen. An und für sich gehen nun die römischen Juristen davon aus, daß zur Gültigkeit des Geschäftes der objective Vertragsthatbestand nicht auch bezüglich der Eigenschaften des Objectes vorhanden zu sein brauche, und die in Frage stehenden Stellen setzen gerade ausnahmsweise fest, daß der Mangel dieses Thatbestandes das Geschäft dann nichtig macht, wenn er bezüglich einer Eigenschaft vorliegt, welche „nach den im wirklichen Verkehr herrschenden Begriffen die Sache zu einer andern Art von Sachen ... als wozu sie wirklich gehört", um hier mit Savigny[20]) zu reden, rechnen läßt.

Bei den oben zu Nr. 7—9 angeführten Stellen nimmt die herrschende Meinung an, sie handeln von Fällen sog. stillschweigender Willenserklärung. Da man nun zu der stillschweigenden Willenserklärung fordert, daß ein sicherer Schluß

---

[19]) Man bemerke: l. 9 §. 2 cit.: si acetum pro vino veneat u. s. w. an emptio et venditio sit, wenn statt über Wein über Essig contrahirt wird — ob dann der Thatbestand von emtio venditio vorliege? (vgl. §. 1 J. de e. et v. 3, 23: nulla emptio sine pretio esse potest); ferner l. 14 cit.: coheredes viriolam quae aurea diceba-tur ... venditionem esse constat, quia auri aliquid habuit; l. 41 §. 1 cit.: mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendidieti ... nulla est emptio (es liegt kein objectiver Thatbestand vor); l. 21 §. 2 cit.: cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus (das letztere ebenso gut wie das erstere objectiv) emptionem esse u. s. w.

[20]) System III S. 276 ff.

von der vorgenommenen Handlung auf das Vorhandensein der erforderlichen Willensbestimmung gezogen werden könne, so ergibt sich, daß dann eine stillschweigende Erklärung nicht angenommen wird, wenn ein gewisser Irrthum des Handelnden jenen Schluß unmöglich macht. Man sagt also z. B., wenn Jemand sich wissentlich vor dem incompetenten Richter einläßt, so kann aus diesem Thatbestand der Schluß gezogen werden auf die Willensbestimmung des Handelnden, zu prorogiren; dieser Schluß ist aber nicht mehr zu ziehen, sobald der sich Einlassende über die Competenz des Richters eine unrichtige Vorstellung hatte [21]). Allein der Schluß auf das zum objectiven Thatbestand der fori prorogatio erforderliche consilium ist objectiv aus jeder Handlung zu ziehen, welche in der Einlassung vor einem thatsächlich incompetenten Richter besteht, ohne daß es auf die Richtigkeit der im Innern des Handelnden vorhandenen Vorstellung von der Competenz bezw. Incompetenz ankommen könnte. Es besagt aber auch die l. 15 cit. nur, daß alius pro alio praetore, nicht daß alius pro competente praetore angegangen worden sei, d. h. der A will zum praetor urbanus, geräth aber aus Verirrung zum praetor peregrinus, und es fehlt somit am subjectiven Thatbestand. Anders wäre es, wenn er zum praetor peregrinus wollte, weil er diesen irriger Weise für seinen competenten Richter hält. Die l. 2 pr. D. de jud. aber hat im Anfang [22]) gar keinen thatsächlich (stillschweigend), sondern einen mit ausdrücklicher Beredung abgeschlossenen Prorogationsvertrag im Auge und sagt, es müsse zu einem solchen objectiv eine congruente Willenserklärung der Parteien vorliegen des Inhalts, daß einem an sich unzuständigen Richter Gerichtsbarkeit verliehen werden solle. Eine solche Erklärung liegt dann nicht vor, wenn beide Contrahenten der ausgesprochenen Meinung waren, der Prätor, auf welchen sie sich geeinigt, sei ihr Prätor, so z. B. wenn vor dem an sich

[21]) Vgl. z. B. Windscheid §. 78 Note 1a.
[22]) Der zweite Fall der Stelle ist der gleiche wie der soeben besprochene in l. 15.

unzuständigen Prätor Titius Aulus zu Numerius sagt: Willst du vor unsrem Prätor Titius verhandeln? und dieser bejaht. Anders hätte der Jurist sicherlich entschieden, wenn nichts vorläge als die Frage des Aulus: Willst du vor dem (objectiv unzuständigen) Prätor Titius verhandeln? und die bejahende Antwort des Numerius. Selbst wenn in diesem Fall, die Möglichkeit des Beweises angenommen, der eine oder andere oder beide gehandelt hätten, weil sie sich den Prätor Titius als den competenten vorstellten, so würde doch keiner eine Ungültigkeit des Prorogationsvertrages behaupten dürfen. — Die l. 19 und 20 D. de aqua ferner können weder als zu der Lehre von der stillschweigenden Willenserklärung noch überhaupt als zu der Lehre vom Rechtsgeschäft gehörig betrachtet werden. Ihre Entscheidung gehört vielmehr zu der ansehnlichen Gruppe von besonderen Rechtssätzen, nach welchen an das Geschehenlassen (pati, non dissentire d. h. nicht widersprechen u. dgl.) gewisser Dinge rechtliche Folgen geknüpft sind, und diese letzteren ausnahmsweise dann nicht eintreten sollen, wenn unverschuldeter Weise der Duldende um das Geschehende nicht wußte [23]).

In der zu Nr. 10 angeführten l. 8 pr. D. de accept. kann das Wort consensus am Schlusse lediglich nichts anderes bedeuten als die innere Willensbestimmung, und es kann die Entscheidung Ulpian's, so wie sie lautet, nicht richtig sein,

---

[23]) Des Näheren kann hier nicht darauf eingegangen werden; daß aber der Grund, welchen l. 20 für den Ausschluß der actio aquae pluviae arcendae anführt (nulla enim voluntas errantis est), nichts als einer jener allgemeinen Aussprüche der römischen Juristen ist, welche gerade wegen ihrer Allgemeinheit nicht als wirkliche Gründe der concreten Entscheidung gelten können, ergibt sich einmal aus einer Vergleichung der Inscription der beiden Stellen, namentlich aber aus einer Vergleichung mit l. 28 D. comm. div. 10, 3, zu deren Worten „ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si cum prohibere potuit hoc praetermisit, et ideo per communi dividundo actionem damnum sarciri potest" schon die Glosse bemerkt: „ergo non intelligitur consentire praesens, alioquin nec pro damno ageret." Bekanntlich ging die a. a. pl. arc. nur auf Wiederherstellung; dieser Anspruch soll durch das pati ausgeschlossen werden, Schadensersatz nach den Grundsätzen des interd. quod vi aut clam vorbehalten. S. Glosse zu l. 19 cit.: „ad damnum tamen agere potest." Vgl. noch l. 13 §. 7 D. de damno inf. 39, 2.

denn sie führt unmittelbar zur Anerkennung der Wirksamkeit der Mentalreservation oder einseitigen Simulation. Ulpian wirft die Frage auf, ob nicht der Thatbestand einer unwirksamen Acceptilation zugleich Thatbestand des pactum de non petendo sei und daher als solcher Wirkung habe. Er bejaht die Frage mit der Einschränkung „nisi in hoc quoque contra sensum est", was nur mit „wider den Sinn der Parteien" übersetzt werden darf. Insoweit, d. h. wenn nach sensum das Wort contrahentium subintelligirt und der sensus als im Geschäft erkennbar gewordene Willensbestimmung aufgefaßt wird, unterliegt die Antwort Ulpians keinem Anstand und ist sie im Einklang mit l. 5 pr. D. de resc. vend. 18, 5. Julianus: „cum emptor venditori vel emptori venditor acceptum faciat, voluntas utriusque ostenditur (erscheint objectiv) id agentis, ut a negotio discedatur" [24]) u. s. w. Wenn nun aber Ulpian weiter geht, und behauptet, daß, wenn Jemand den Thatbestand der Acceptilation verwirkliche, weil er wisse, daß er unwirksam sei, dann auch ohne Zweifel kein (wirksames) pactum vorliege, quia consensum paciscendi non habuerit, so muß entweder auch hier die Erkennbarkeit für den, welchem acceptoferirt wird, vorausgesetzt werden, oder verstößt die Entscheidung gegen die l. 5 pr. cit., wonach durch die acceptilatio „voluntas utriusque ostenditur" u. s. w., und überhaupt gegen den allgemeinen Grundsatz von der Unwirksamkeit der Mentalreservation. Dieser Stelle gegenüber wird also auch wohl die Willenstheorie zugeben müssen, daß Ulpian sich zu allgemein ausgedrückt hat, was um so bereitwilliger geschehen kann, als es nur ein fingirter Fall ist, den er entscheidet.

Endlich ist noch die l. 3 D. de reb. dub., die letzte der angeführten Stellen, zu betrachten. Ihr erster Satz ist nicht zu beanstanden: ist der verwirklichte Thatbestand mehrdeutig, so hat er nur die Rechtswirkung, welche derjenigen Willensbestimmung

[24]) Vgl. auch l. 27 §. 9 D. de pact. 2, 14: „si acceptilatio inutilis fuit, tacita pactione id actum videtur, ne peteretur."

unzuständigen Prätor Titius Aulus zu Numerius sagt: Willst du vor unsrem Prätor Titius verhandeln? und dieser bejaht. Anders hätte der Jurist sicherlich entschieden, wenn nichts vorläge als die Frage des Aulus: Willst du vor dem (objectiv unzuständigen) Prätor Titius verhandeln? und die bejahende Antwort des Numerius. Selbst wenn in diesem Fall, die Möglichkeit des Beweises angenommen, der eine oder andere oder beide gehandelt hätten, weil sie sich den Prätor Titius als den competenten vorstellten, so würde doch keiner eine Ungültigkeit des Prorogationsvertrages behaupten dürfen. — Die l. 19 und 20 D. de aqua ferner können weder als zu der Lehre von der stillschweigenden Willenserklärung noch überhaupt als zu der Lehre vom Rechtsgeschäft gehörig betrachtet werden. Ihre Entscheidung gehört vielmehr zu der ansehnlichen Gruppe von besonderen Rechtssätzen, nach welchen an das Geschehenlassen (pati, non dissentire d. h. nicht widersprechen u. dgl.) gewisser Dinge rechtliche Folgen geknüpft sind, und diese letzteren ausnahmsweise dann nicht eintreten sollen, wenn unverschuldeter Weise der Duldende um das Geschehende nicht wußte [23]).

In der zu Nr. 10 angeführten l. 8 pr. D. de accept. kann das Wort consensus am Schlusse lediglich nichts anderes bedeuten als die innere Willensbestimmung, und es kann die Entscheidung Ulpian's, so wie sie lautet, nicht richtig sein,

---

[23]) Des Näheren kann hier nicht darauf eingegangen werden; daß aber der Grund, welchen l. 20 für den Ausschluß der actio aquae pluviae arcendae anführt (nulla enim voluntas errantis est), nichts als einer jener allgemeinen Aussprüche der römischen Juristen ist, welche gerade wegen ihrer Allgemeinheit nicht als wirkliche Gründe der concreten Entscheidung gelten können, ergibt sich einmal aus einer Vergleichung der Inscription der beiden Stellen, namentlich aber aus einer Vergleichung mit l. 28 D. comm. div. 10, 3, zu deren Worten „ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si cum prohibere potuit hoc praetermisit, et ideo per communi dividundo actionem damnum sarciri potest" schon die Glosse bemerkt: „ergo non intelligitur consentire praesens, alioquin nec pro damno ageret." Bekanntlich ging die a. a. pl. arc. nur auf Wiederherstellung; dieser Anspruch soll durch das pati ausgeschlossen werden, Schadensersatz nach den Grundsätzen des interd. quod vi aut clam vorbehalten. S. Glosse zu l. 19 cit.: „ad damnum tamen agere potest." Vgl. noch l. 13 §. 7 D. de damno inf. 39, 2.

denn sie führt unmittelbar zur Anerkennung der Wirksamkeit der Mentalreservation oder einseitigen Simulation. Ulpian wirft die Frage auf, ob nicht der Thatbestand einer unwirksamen Acceptilation zugleich Thatbestand des pactum de non petendo sei und daher als solcher Wirkung habe. Er bejaht die Frage mit der Einschränkung „nisi in hoc quoque contra sensum est", was nur mit „wider den Sinn der Parteien" übersetzt werden darf. Insoweit, d. h. wenn nach sensum das Wort contrahentium subintelligirt und der sensus als im Geschäft erkennbar gewordene Willensbestimmung aufgefaßt wird, unterliegt die Antwort Ulpians keinem Anstand und ist sie im Einklang mit l. 5 pr. D. de resc. vend. 18, 5. Julianus: „cum emptor venditori vel emptori venditor acceptum faciat, voluntas utriusque ostenditur (erscheint objectiv) id agentis, ut a negotio discedatur" [24]) u. s. w. Wenn nun aber Ulpian weiter geht, und behauptet, daß, wenn Jemand den Thatbestand der Acceptilation verwirkliche, weil er wisse, daß er unwirksam sei, dann auch ohne Zweifel kein (wirksames) pactum vorliege, quia consensum paciscendi non habuerit, so muß entweder auch hier die Erkennbarkeit für den, welchem acceptoferirt wird, vorausgesetzt werden, oder verstößt die Entscheidung gegen die l. 5 pr. cit., wonach durch die acceptilatio „voluntas utriusque ostenditur" u. s. w., und überhaupt gegen den allgemeinen Grundsatz von der Unwirksamkeit der Mentalreservation. Dieser Stelle gegenüber wird also auch wohl die Willenstheorie zugeben müssen, daß Ulpian sich zu allgemein ausgedrückt hat, was um so bereitwilliger geschehen kann, als es nur ein fingirter Fall ist, den er entscheidet.

Endlich ist noch die l. 3 D. de reb. dub., die letzte der angeführten Stellen, zu betrachten. Ihr erster Satz ist nicht zu beanstanden: ist der verwirklichte Thatbestand mehrdeutig, so hat er nur die Rechtswirkung, welche derjenigen Willensbestimmung

[24]) Vgl. auch l. 27 §. 9 D. de pact. 2, 14: „si acceptilatio inutilis fuit, tacita pactione id actum videtur, ne peteretur."

entspricht, die sich bei der Interpretation als sein wirklicher Inhalt herausstellt. Der zweite Satz der Stelle macht aber Schwierigkeiten, einmal weil das „itaque" völlig bedeutungslos dasteht, sofern die beiden Sätze lediglich in keinem andern logischen Verhältnisse als in dem der Coordination stehen; sodann aber, weil die Stelle gar keinen Sinn gibt, wenn man nicht die Worte dicere und velle in verschiedener Nüancirung versteht: denn wer aliud dicit, von dem kann man doch nicht sagen, daß er neque id dicit, quod vox significat u. s. w. Die m. E. richtige und allein befriedigende Interpretation kann in folgender Uebersetzung gegeben werden: wer einen andern Rechtsgeschäftsthatbestand verwirklicht [25]), als er will, sagt das, was das Wort bedeutet, nicht mit rechtlicher Wirkung, weil er nicht will [26]), aber auch das nicht, was er will, weil er dies nicht ausspricht.

---

[25]) Dicere prägnant, wie im ersten Satz der Stelle und wie in l. 7 §. 2 i. f. D. de supp. leg. 33, 10.

[26]) Es wäre wohl correcter übersetzt „weil er es nicht will". Der wahre Grund der Unwirksamkeit ist mangelnder subjectiver Thatbestand, aber Paulus meint wahrscheinlich die mangelnde innere Willensbestimmung. Daß dies ungenau ist, ergibt sich aus Vergleichung einer andern Stelle von Paulus, l. 25 §. 1 D. de leg. III: „cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio," eine Stelle, auf welche ebenso wie auf die citirte l. 7 §. 2 D. de supp. leg. 33, 10 der Willenstheorie gegenüber nicht genug Gewicht zu legen ist.